

Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht

**- Der Rechtsschutz des unterlegenen Bewerbers bei
beamtenrechtlichen Ernennungen -**

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

**Erlangung der juristischen Doktorwürde
des**

**Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg**

vorgelegt von

Johannes Remmel

Richter aus Siegen

Marburg

1901



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554010_0010

Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht

**- Der Rechtsschutz des unterlegenen Bewerbers bei
beamtenrechtlichen Ernennungen -**

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
des

Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg



vorgelegt von

Johannes Remmel

Richter aus Siegen

Marburg



Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften
angenommen am: 3. Februar 1981
Berichterstatter: Professor Dr. Lecheler
Mitberichterstatter: Professor Dr. Hoffmann
Tag der mündlichen Prüfung 11. Februar 1981

Meinen Eltern und
meiner Frau

Gliederung

	<u>Seite</u>
<u>I. Einleitung : Darstellung und Herausarbeitung der Problemstellung - Begriffliche Vorklärung</u>	<u>1</u>
1. Die Konkurrentenklage - Standort des Untersuchungsgegenstandes und Themeneingrenzung	1
a. Einführung in die Problematik anhand eines Fallbeispiels	1
b. Die Lösung des Problems nach der herrschenden Meinung	
c. Ansatzpunkte der Kritik	2
2. Die Drittinteressentenklage in anderen Rechtsgebieten	5
a. Die "Nachbarklage" im baulichen Nachbarrecht	6
b. Die "Nachbarklage" in anderen Rechtsgebieten	9
c. Die "Konkurrentenklage" im Berufs- und Gewerbebezugs- sowie im Subventionsrecht	11
3. Die Problemstellung im Beamtenrecht	19
a. Begriffliche Vorklärung	19
b. Das Rechtsschutzbegehren des unterlegenen Bewerbers	21
aa) Trennung der Konkurrentenklage in Anfechtungs- und Verpflichtungsbegehren - Keine eigenständige Bedeutung des Anfechtungsantrages	21
bb) Erforderlichkeit des Anfechtungsbegehrens im Hinblick auf das verfolgte Rechtsschutzziel - Die objektiven Beförderungsvoraussetzungen	24
4. Ergebnis des ersten Teiles	28
<u>II. Die Anfechtung der Beförderung des Konkurrenten</u>	<u>29</u>
1. Die Zulässigkeit der Klage im Hinblick auf die Klagebefugnis	29
a. Die Möglichkeit der Rechtsverletzung des abgewiesenen Bewerbers	29

	<u>Seite</u>
aa) Die grundsätzliche Problematik der Rechtsverletzung Die Voraussetzungen für die Klagebefugnis	30
bb) Die Ermittlung und Inhaltsbestimmung der zur Begründung der Klagebefugnis erforderlichen Vorschriften	35
cc) Die Auslegung von Art. 33 Abs. 2 GG	38
(1) Die Auslegung nach der früher herrschenden Meinung	39
(2) Die heute herrschende Meinung	41
(3) Überprüfung der dargestellten Ansichten	44
b. Zwischenergebnis	54
2. Das Rechtsschutzbedürfnis der Konkurrentenklage	54
a. Die Einwände der herrschenden Lehre	54
b. Der systematische Standort der Einwände	56
c. Die "Erledigung der Klage in der Hauptsache"	57
d. Die Rechtsbeständigkeit der Ernennung gemäß §§ 11, 12 BBG	58
aa) Der Einwand der "verschiedenen rechtlichen Ebenen"	60
bb) Der Einwand der "verschiedenen Normadressaten"	61
cc) Die §§ 11 ff. BBG als Ausdruck eines Verfassungsprinzips	61
dd) Der Grundsatz der Rechtsbeständigkeit im Verhältnis zu Art. 19 GG - Einschränkung der Art. 19 Abs. 4 GG ?	63
(1) Kein öffentliches Interesse an der Rechtsbeständigkeit	66
(2) Kein privates Interesse des Ernannten	70
e. Zwischenergebnis	72
3. Das Problem der Anfechtungsfrist	73
a. Die Anfechtungsfrist bei Verwaltungsakten mit drittbelastender Doppelwirkung	73

	<u>Seite</u>
b. Die Regelung nach der Verwaltungsgerichtsordnung	74
c. Die einzelnen Fallgestaltungen im Ernennungsverfahren	75
aa) Bescheid mit Rechtsmittelbelehrung an alle Bewerber	75
bb) Einfache Mitteilung der Entscheidung an alle Bewerber	75
cc) Keine behördliche Benachrichtigung der unterlegenen Bewerber	75
d. Einwände gegen das Ergebnis der herrschenden Lehre	78
e. Die Begrenzung der Anfechtungsfrist durch das Institut der Verwirkung	80
f. Zwischenergebnis	85
4. Die Lösung des Eingangsfalles	86
5. Ergebnis des zweiten Teiles	86
 III. <u>Der Anspruch auf Beförderung</u>	 88
1. Einleitung und Problemstellung	88
2. Meinungsstand zum Beförderungsanspruch	89
a. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	89
b. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und der Verwaltungsgerichte	90
c. Die Ansichten im Schrifttum	93
3. Beförderungsanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG ?	95
a. Kein allgemeiner Anspruch auf Beförderung	95
b. Kein bloßes Recht auf Bewerbung	98
c. Anspruch auf Beförderung im Einzelfall unter besonderen Voraussetzungen	99

	<u>Seite</u>
aa) Die einzelnen Besonderheiten :	99
(1) Die haushaltsrechtlichen Belange	100
(2) Die organisationrechtliche Ermessensentscheidung des Dienstherrn	100
(3) Die positive Leistungsbeurteilung durch den Dienstherrn	101
bb) Kein Ermessen mehr bei der Beförderungsentscheidung	104
cc) Der subjektiv-rechtliche Rechtsanspruch	105
dd) Der Sonderfall mehrerer gleichbewerteter Bewerber	105
d. Ergebnis	106
4. Beförderungsanspruch aus Fürsorgepflicht ?	108
a. Überblick über die vertretenen Meinungen	108
b. Kein Beförderungsanspruch aus der Fürsorgepflicht	109
aa) Rechtsgrundlage und Inhalt der Fürsorgepflicht	109
bb) Fürsorgepflicht und Beförderung	111
5. Beförderungspflicht aus Schadensersatzgesichtspunkten ?	114
a. Kein Anspruch aus Amtshaftungsgrundsätzen	115
b. Der Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Fürsorgepflicht	115
aa) Überblick über den Meinungsstand	116
bb) Inhalt und Umfang des Anspruchs	118
6. Beförderungsanspruch aus Folgenbeseitigung ?	123
7. Abschließende Beurteilung des Eingangsfallles	126
8. Ergebnis des dritten Teiles	127

Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht

I. Einleitung: Darstellung und Herausarbeitung der Problemstellung - Begriffliche Vorklärung

1. Die Konkurrentenklage - Standort des Untersuchungsgegenstandes und Themeneingrenzung

Die Untersuchung der Frage nach den Möglichkeiten eines Rechtsschutzes für den unterlegenen Bewerber bei beamtenrechtlichen Ernennungen hat im beamtenrechtlichen Schrifttum und der Rechtsprechung der Gerichte seit jeher erhebliche Schwierigkeiten bereitet.

a. Ein praktischer Fall soll in die Problematik einführen ¹⁾:

Zwei Beamte bewerben sich um ein ausgeschriebenes Beförderungsamts, wobei im Ausschreibungstext zum Ausdruck gebracht worden war, daß besondere Kenntnisse und Erfahrungen im Bürodienst erforderlich seien. Beide Bewerber erfüllen die laufbahn- und sonstigen beamtenrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung der Planstelle. Bei seiner Entscheidung wählt der Dienstherr den um 11 Monate dienstjüngeren Bewerber B aus, der daraufhin zum Hauptsekretär ernannt und in die Planstelle eingewiesen wird. Die Bewerbung des A wird mit der Begründung abgelehnt, die Planstelle habe nach dem Leistungsprinzip einem anderen Bewerber übertragen werden müssen, da dieser der geeignetere sei; dabei spiele dessen geringere Dienstzeit keine Rolle.

1) Der Fall ist dem Sachverhalt nachgebildet, über den das VG in Hannover durch Urt. v. 09.05.1976 (DVB1. 1977, S. 584) zu entscheiden hatte.

Der abgewiesene Bewerber A klagt daraufhin nach ordnungsgemäßer Durchführung des erforderlichen Vorverfahrens vor dem zuständigen Verwaltungsgericht auf Aufhebung der Beförderung des B und auf Verpflichtung der beklagten Behörde, ihn - den Kläger - stattdessen zum Hauptsekretär zu ernennen und in die Planstelle einzuweisen.

- b. Nach der in Literatur¹⁾ und Rechtsprechung²⁾ herrschenden Meinung kann das Rechtsschutzbegehren des übergangenen Bewerbers keinen Erfolg haben. Die Versagung des Rechtsschutzes wird zum einen damit begründet, durch die vollzogene Ernennung des Konkurrenten sei die verfügbare Planstelle bereits besetzt, so daß der Kläger schon deswegen nicht mehr befördert werden könne; eine Anfechtung der Ernennung des Konkurrenten verspreche keinen Erfolg, da die Gründe für eine Rücknahme in den Beamten-gesetzen erschöpfend aufgezählt seien³⁾. Aus diesem numerus clausus der Rücknahmegründe ergebe sich das Prinzip der "Stabilität der Ämterorganisation",

1) Plog/Wiedow/Beck, BBG, § 6 RN. 26; Fürst, GKOD, I K § 8 RN. 30; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 33 RN. 17; Fischbach, BBG, § 23 Anm. IV; v. Münch, GG, Bd. 2, Art. 33 RN. 25; v. Münch, bes. VerwRecht, S. 28; Schick, ZBR 1967, S. 297 (300); Heise, ZBR 1969, S. 167; Tietgen, Hundert Jahre, S. 325 (342); Isensee, Festgabe BVerwG, 1978, S. 337 (354 f.); Günther, ZBR 1979, S. 93 (108 f.).

2) BGH, Urt. v. 12.07.1956, NJW 1956, S. 1400; BVerwGE Bd. 15, S. 3 (6 ff.), Urt. v. 30.08.1962; BVerwG, DÖV 1977, S. 139, Beschl. v. 04.11.1976; VGH Kassel, HessVG Rspr. 1966, S. 2, Urt. v. 20.07.1965; HessVG Rspr. 1974, S. 28 (32), Urt. v. 13.06.1973; VGH Bad.-Würt., ESVGh Bd. 18, S. 31 (37), Urt. v. 13.06.1967; OVG Rhld.-Pf., ZBR 1975, S. 117 (118), Urt. v. 04.09.1974; OVG Lüneburg, VerwRspr. Bd. 27, S. 550 (Nr.127), Urt. v. 25.03.1975.

3) So Günther, ZBR 1979, S. 93 (108) m.w.N.

das die "Beständigkeit" einmal erfolgter Ernennungen zur Folge habe. Darüberhinaus gebiete es die "Rechtssicherheit", die Ernennung als solche unangreifbar zu machen; die Öffentlichkeit müsse sich auf die Beamteneigenschaft des betreffenden Amtswalters verlassen können¹⁾.

Ferner habe der Bewerber weder einen "Rechtsanspruch auf Begründung eines Beamtenverhältnisses" noch auf "Beförderung", es sei denn, es liege eine verbindliche Zusage vor²⁾. Auch Art. 33 Abs. 2 GG verleihe dem Bewerber insoweit allenfalls einen "formellen Anspruch auf rechtsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung"³⁾. Nach anderer, allerdings älterer Ansicht enthalte Art. 33 Abs. 2 GG sogar nur ein "Recht auf Bewerbung"⁴⁾.

Nach dieser herrschenden Auffassung bleibt dem übergangenen Bewerber nichts anderes übrig, als die Beförderung seines Konkurrenten hinzunehmen

1) Vgl. Isensee, Festgabe BVerwG, 1978, S. 337 (354).

2) BVerfGE Bd. 39, S. 334 (354), Beschl. v. 22.05.1975; BVerwGE Bd. 2, S. 151 (153), Urt. v. 21.06.1955; Bd. 15, S. 3 (5), Urt. v. 30.08.1962; Bd. 28, S. 155 (160), Urt. v. 26.10.1967; VGH Kassel, ZBR 1969, S. 174, Urt. v. 13.08.1968; vMangoldt/Klein, Art. 33 Anm. IV 1 und 5; Bonner Kommentar, Art. 33 Anm. II 3; Fürst, GKÖD, I K § 5 RN. 13 und § 8 RN. 31; Hamann/Lenz, Art. 33 Anm. B 2; Plog/Wiedow/Beck, BBG, § 8 RN. 20 und § 26 RN. 26; Fischbach, BBG, § 8 Anm. III; v. Münch, Bes. VerwRecht, S. 28; Wolff/Bachof, VerwRecht, Bd. 2, § 111 I a; Trenckner, Anfechtung von dienstlichen Beurteilungen, 1973, S. 7; Vallendar, DÖD 1973, S. 4.

3) Fürst, GKÖD, I K § 8 RN. 31; Plog/Wiedow/Beck, BBG, § 8 RN. 21; OVG Rhld.-Pf., ZBR 1975, S. 117 (118), Urt. v. 04.09.1974.

4) Ipsen, Die Grundrechte, Bd. II, S. 193; vMangoldt/Klein, Art. 33 Anm. IV 1.

und sich im Falle der Verletzung einer Amts- oder allgemeinen Fürsorgepflicht im Beförderungsverfahren mit Schadensersatzansprüchen zu begnügen.

- c. Dieses Ergebnis der herrschenden Meinung ist angesichts der in Art. 19 Abs. 4 GG normierten umfassenden Rechtsschutzmöglichkeit für jedermann unbefriedigend, versagt sie doch dem Bewerber um ein Beförderungsamt jede Möglichkeit der Korrektur des Auswahlverfahrens zu seinen Gunsten. Die zu fordernde Transparenz des Verwaltungshandelns auch im Verhältnis des Dienstherrn zu seinen Beamten wird verhindert. Die Gefahr, daß Ämterpatronage und Protektion, die mit dem Amtsgedanken¹⁾ des modernen Staates unvereinbar sind, das Amt in eine Pfründe zurückverwandeln, und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität der Administrative paralysieren, ist nicht von der Hand zu weisen. Darüberhinaus steht die pauschale Verneinung des Anspruchs auf Beförderung durch die tradierte Formel "Es gibt keinen Anspruch auf Beförderung" in Widerspruch zu den Grundsätzen der modernen Anspruchsjurisprudenz²⁾; Die Verfassung wird zunehmend als Grundlage von Leistungsansprüchen begriffen³⁾.

Mithin muß sich die herrschende Meinung eine kritische Untersuchung und Überprüfung ihrer Argumente gefallen lassen.

1) Zum Amtsgedanken vgl. Krüger, Das Leistungsprinzip als Verfassungsgrundsatz, 1957, S. 7-9; Kluth, Hbg. Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 1965, S. 11 ff.

2) Vgl. Isensee, Festgabe BVerwG, 1978, S. 337.

3) Martens und Häberle, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 8 - 141; Böckenförde, NJW 1974, S. 1535; Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 13 II 12; BVerfGE Bd. 35, S. 79, Urt. v. 29.05.1973; BVerwGE Bd. 23, S. 347, Urt. v. 11.03.1966; Bd. 27, S. 360, Urt. v. 22.09.1967.

Es stellt sich die Frage, ob dem abgewiesenen Bewerber entgegen allen anders lautenden Beteuerungen nicht doch eine Rechtsschutzmöglichkeit zur Verfügung steht.

Im beamtenrechtlichen Schrifttum wird daher seit einiger Zeit versucht¹⁾, dem Abgewiesenen unter Verwendung der Grundsätze über den Verwaltungsakt mit drittbelastender Doppelwirkung²⁾ eine Klagemöglichkeit gegen die Ernennung des Konkurrenten zu eröffnen und ihn anstelle des Konkurrenten zu befördern. Entwickelt sich nicht hier das in anderen Rechtsgebieten bereits anerkannte Institut der sog. "Drittinteressentenklage"³⁾ im Beamtenrecht folgerichtig weiter?

2. Die Drittinteressentenklage in anderen Rechtsgebieten - Ein Überblick

Unter diesem Stichwort faßt man diejenigen Fallgestaltungen zusammen, in welchen der Kläger entweder eine Drittbelastung erstrebt oder - was der in der Praxis wesentlich häufigere Fall ist - sich gegen eine Drittbegünstigung wendet.

1) Solte, ZBR 1972, S. 109 ff.; Schick, DVBl. 1975, S. 741 ff.; v. Mutius, Verw.Arch. Bd. 69 (1978), S. 104 ff.; Isensee, Festgabe BVerwG, 1978, S. 337 ff.; Jung, Zugang, S. 195 ff.; Solte, NJW 1980, S. 1027 ff.; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 285 ff.

2) Andere Autoren sprechen hier auch vom Verwaltungsakt mit "Doppelwirkung", meinen aber den drittbelastenden Verwaltungsakt. Gebräuchlich ist auch die Formulierung "Verwaltungsakt mit Drittwirkung". Im Unterschied dazu kennt man noch den sog. "janusköpfigen Verwaltungsakt"; hierbei handelt es sich um einen Verwaltungsakt mit "Mischwirkung", d. h. er wirkt gegenüber denselben Adressaten teils begünstigend, teils belastend.

3) Allg. dazu: Friauf, Jur. Analysen, 1969, S. 3 ff.; 1970, S. 652 ff.

a. Im baulichen Nachbarrecht ist die sog. "Nachbar-
klage" eine bereits seit langem, auch schon vor
Einführung der Verwaltungsgerichtsordnung im Jahre
1960¹⁾, bekannte und mittlerweile in Lehre und
Rechtsprechung auch anerkannte Erscheinung; man
kann sogar sagen, daß die rechtsdogmatische Er-
kennung und Entwicklung des Instituts "Verwaltungs-
akt mit Drittwirkung"²⁾ maßgeblich vom baulichen
Nachbarrecht ausging: Der Kläger wendet sich gegen
die seinem Nachbarn erteilte Bauerlaubnis mit der
Begründung, diese Erlaubnis verletze ihn - den
Kläger - in seinen Rechten³⁾⁴⁾.

1) Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO - v. 21.01.
1960, BGBI. I S. 17.

2) Vgl. zu diesem Problemkreis aus der umfangreichen
Literatur: Dörfler, NJW 1963, S. 14 ff.; Sell-
mann, NJW 1964, S. 1545 ff.; Fromm, Verw.Arch.
Bd. 56 (1965), S. 26 ff.; Laubinger, Der Ver-
waltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 16 ff.;
Schenke, DÖV 1969, S. 332 ff.; Erichsen/Martens,
Allg. Verw.Recht, S. 163 ff.; Wolff/Bachof,
Verw.Recht, Bd. 1, § 47 VI c; Bettermann, Fest-
schrift für Schima, 1969, S. 71 (86 ff.);
Neumeyer, Die Klagebefugnis, S. 21 ff., 32 ff.,
38 ff.

3) Vgl. zu der baurechtlichen Nachbarklage: Friauf,
DVB1. 1971, S. 713 ff.; Bartlspenger, DVB1. 1971,
S. 723 ff.; ders., Verw.Arch. Bd. 60 (1969),
S. 35 ff.; Redeker/vonOertzen, § 42 RN. 132 f.;
umfassende Dokumentation bei Kübler/Speidel,
a.a.O., S. 16 ff.

4) Dabei müssen die jeweils in Frage kommenden
nachbarschützenden Vorschriften genau bezeichnet
werden.
Vgl. aus der Rspr. des BVerwG folgende Einzel-
fälle: BVerwGE Bd. 1, S. 83 ff., Beschl.v.
25.02.1954, zu den Vorschriften über die Hofraum-
größe in Gebieten mit offener Bauweise; Bd. 22,
S. 129, Urt. v. 05.10.1965, zu § 13 Abs. 4
Buchst. a und Abs. 5 RGaO; Bd. 27, S. 29, Urt.
v. 28.04.1967, zu § 11 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2,
§ 13 Abs. 1 Satz 2 RGaO; Bd. 28, S. 268, Urt.
v. 06.12.1967, zu § 35 Abs. 2 BBauG; Bd. 31,
S. 263, Urt. v. 14.02.1969, zu § 36 Abs. 2 Satz 2
BBauG; Bd. 32, S. 173, Urt. v. 13.06.1969, zu
§ 34 BBauG; DVB1. 1971, S. 268, Urt. v. 22.01.
1971, zu § 4 Abs. 1 Satz 1 StVO.

Im Schrifttum wurde im Anschluß an die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes¹⁾ mehrfach der Einwand erhoben, die Zulassung besonderer verwaltungsgerichtlicher Nachbarklagen sei überflüssig; der Betroffene Nachbar könne wesentlich einfacher mit zivilrechtlichen Be-seitigungsansprüchen gegen das aufgrund der Baugenehmigung errichtete Bauwerk vorgehen, da die Bauerlaubnis unbeschadet privater Rechte Dritter erteilt werde²⁾. Demgegenüber hat das Bundesverwaltungsgericht³⁾ im Einklang mit der in der Literatur⁴⁾ und der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe⁵⁾ wohl herrschenden Meinung die grundsätzliche Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Nachbarklagen im Baurecht immer dann bejaht, wenn die Verletzung baurechtlicher Vorschriften behauptet werde, die (zumindest auch) dem Schutz der Interessen des Nachbarn zu dienen bestimmt seien und ihm ein subjektiv-rechtlich geschützte Interesse gewährten; die Möglichkeit des betroffenen Nachbarn, auch auf dem Zivilrechtsweg gegen den Bauherrn vorzugehen,

-
- 1) PrOVGE Bd. 61, S. 175, Urt. v. 10.05.1912; Bd. 70, S. 377, Urt. v. 15.02.1916 m.w.N.
Vgl. dazu auch: OVG Hamburg, DÖV 1959, S. 797, Urt. v. 09.04.1959.
 - 2) Redeker, NJW 1959, S. 749; Sellmann, DVBl. 1963, S. 273 ff.
 - 3) Vgl. die grundlegenden Entscheidungen des BVerwG in DVBl. 1961, S. 125, Urt. v. 18.08.1960 und in DVBl. 1966, S. 269, Urt. v. 05.10.1965.
 - 4) ZB. Eyermann/Fröhler, VwGO, § 42 RN. 98; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 42 Anm. III 1 b (S. 124); Obermayer, JuS 1963, S. 110 (111); Evers, JuS 1962, S. 87 (90).
 - 5) OVG Lüneburg, DVBl. 1962, S. 418, Urt. v. 22.03.1962; OVG Berlin, JR 1962, S. 116, Urt. v. 06.02.1961; OVG Münster, MDR 1964, S. 445, Urt. v. 03.10.1963; VGH Kassel, DVBl. 1962, S. 724, Urt. v. 03.11.1961.

stehe einem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nicht entgegen, da die zivilgerichtliche Klage nicht der prozessual einfachere und schnellere Weg sei¹⁾.

Streit herrschte ferner darüber, welche Klageart der gegen die Bauerlaubnis klagende Dritte (Nachbar) zu wählen hatte. Das OVG Münster hatte in ständiger Rechtsprechung²⁾ den Standpunkt vertreten, daß Nachbarklagen in der Regel Verpflichtungsklagen seien, da der Kläger die definitive Ablehnung eines Baugesuches und damit einen entsprechenden ausdrücklichen Verwaltungsakt begehere.

Die heute einhellige Meinung in Literatur und Rechtsprechung³⁾, der sich mittlerweile auch das OVG Münster angeschlossen hat⁴⁾, nimmt an, daß in den Fällen des Vorgehens gegen eine Drittbegünstigung die Anfechtungsklage die richtige Klageart ist, da es hier ausschließlich um die Kassation des Verwaltungsaktes geht⁵⁾.

-
- 1) So ausdrückl.: BVerwG, DVBl. 1961, S. 125, Urt. v. 18.08.1960, mit Anm. von Bachof, S. 128 - 131; ferner BVerwGE Bd. 39, S. 235 (236), Urt. v. 07.01.1972; Stern, a.a.O., S. 112 ff.; Kopp, VwGO, § 42 RN. 112 ff.
 - 2) OVG Münster, DVBl. 1958, S. 66, Urt. v. 10.09.1957; zustimmend in der Lit.: Gelzer, NJW 1958, S. 325 (326); Obermayer, JuS 1963, S. 110 ff.
 - 3) Grundlegend: BVerwG, DVBl. 1961, S. 125, Urt. v. 18.08.1960; DVBl. 1966, S. 269, Urt. v. 05.10.1965; OVG Hamburg, DVBl. 1959, S. 822, Urt. v. 09.04.1959; ferner: OVG Lüneburg, OVGE Bd. 13, S. 492, Urt. v. 13.10.1958; VGH Bad.-Würt., NJW 1954, S. 1623, Urt. v. 05.03.1954; Fromm, Verw.Arch. Bd. 56 (1965), S. 51; Schwerdtfeger, a.a.O., S. 68 ff.
 - 4) In OVGE Bd. 22, S. 247 (250), Beschl. v. 09.08.1966.
 - 5) Anders als bei den echten Konkurrentenklagen, etwa wegen Konzessionen nach dem GüTG, dem PBefG usw. (dazu unten c.).

- b. Nachbarklagen¹⁾ sind mittlerweile auch auf anderen Rechtsgebieten anerkannt, da die im Baurecht entwickelten Grundsätze mit den durch die jeweilige Materie bedingten Modifizierungen auch auf weitere Gebiete des (Ordnungs-) Rechts übertragen wurden²⁾.

Im Wasserrecht sind Vorschriften des Wasserhaushaltsgesetzes³⁾ nachbarschützend, soweit sie vom "Betroffenen" oder von "anderen" sprechen⁴⁾.

Im Gewerberecht hat das Bundesverwaltungsgericht bei Genehmigungen ebenfalls die Nachbarklage zugelassen, soweit durch die Genehmigung nach § 16 GewO⁵⁾ privatrechtliche Verhältnisse mitgestaltet werden⁶⁾; ferner ist die Umweltrelevanz der Anlage von Bedeutung, aus der heraus sich auch

-
- 1) Erheblicher Streit besteht indessen nach wie vor bei der Frage der Gewährung von vorläufigem Rechtsschutz - § 80 Abs. 5 oder § 123 VwGO; vgl. dazu: Redeker/v.Oertzen, a.a.O., § 80 Anm. 7 f; VGH Kassel, DVBl. 1972, S. 579, Beschl. v. 27.09.1971; OVG Münster, OVG Bd. 22, S. 247, Beschl. v. 09.08.1966; Papier, Verw. Arch. Bd. 64 (1973), S. 283 ff.
 - 2) Martens, Festschrift für Schack, 1966, S. 85 ff.
 - 3) Wasserhaushaltsgesetz - WHG - v. 16.10.1976, BGBI. I S. 3017.
 - 4) BVerwGE Bd. 27, S. 176, Urt. v. 07.06.1967, für Quellbohrung; Bd. 41, S. 58, Urt. v. 20.10.1972, für Verfahrensvorschriften; Bd. 36, S. 248, Urt. v. 11.11.1970, für Eigentumsrecht des Unterliegers.
 - 5) Gewerbeordnung - GewO - i.d.F.v. 01.01.1978, BGBI. I, S. 97.
 - 6) BVerwGE Bd. 28, S. 131, Urt. v. 24.10.1967, für Bergwerkseigentümer; Bd. 32, S. 41, Urt. v. 24.04.1969, für rechtswidrige Einstellungsverfügung. Vgl. zu § 16 GewO auch: OVG Münster, DVBl. 1972, S. 687, Urt. v. 12.04.1972.

klagbare Rechte des einzelnen ergeben können¹⁾; zwar hat das Bundesverwaltungsgericht ein allgemeines "Umweltgrundrecht" des einzelnen verneint²⁾, jedoch enthält etwa das Bundesimmissionsschutzgesetz³⁾ Vorschriften, die nachbarschützenden Charakter haben⁴⁾.

Im Atomrecht ist neben den Vorschriften über die Grundaussage für den Schutz von Leben und Gesundheit in § 1 Atomgesetz⁵⁾ auch für die Regelungen über die Genehmigungsvoraussetzungen in § 7 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 5 AtomG nachbarschützender Charakter anerkannt⁶⁾.

Die §§ 6, 8 Luftverkehrsgesetz⁷⁾ entfalten demgegenüber im Hinblick auf die durch eine geplante Erweiterung des Flugplatzes betroffenen Anwohner

-
- 1) Die §§ 6 - 23 GewO, die die Umweltbezogenheit der Anlage regelten, sind durch die §§ 4 ff. BImSchG ersetzt worden; insbesondere gelten für die Erteilung der Genehmigung jetzt die §§ 5 ff. BImSchG.
 - 2) BVerwG, DVBl. 1977, S. 897, Urt. v. 29.07.1977.
 - 3) Bundesimmissionsschutzgesetz - BImSchG - v. 15.03.1974, BGBl. I, S. 721, 1193.
 - 4) Für § 5 Nr. 1 und 2 BImSchG bejaht: OVG Hamburg, DVBl. 1975, S. 207, Beschl. v. 23.10.1974; ebenso OVG Münster, NJW 1976, S. 2360, Urt. v. 07.07.1976; für § 10 Abs. 3 Nr. 6 BImSchG bejaht: OVG Lüneburg, DVBl. 1977, S. 347, Beschl. v. 28.12.1976; für § 25 Abs. 2 BImSchG offengelassen: BVerwG, DVBl. 1974, S. 777, Urt. v. 21.06.1974; für § 50 BImSchG verneint: VGH Kassel, DÖV 1976, S. 393, Urt. v. 18.03.1975.
 - 5) Atomgesetz - AtomG - i.d.F. v. 31.10.1976, BGBl. I, S. 3053.
 - 6) Grundlegend: BVerwG, DVBl. 1972, S. 678, Urt. v. 16.03.1972 (Würgassen); zum gesamten Bereich vgl.: Redeker/v. Oertzen, § 42 RN. 137.
 - 7) Luftverkehrsgesetz - LuftVG - i.d.F. v. 04.11.1978, BGBl. I, S. 1113. Auf die Problematik im Luftverkehrsrecht kann nur am Rande verwiesen werden; die dort auftauchenden Probleme sind rechtlich sehr schwierig und erst in ihren Anfängen erkannt.

keinen Nachbarschutz, da die nach § 6 LuftVG ergehende Genehmigung, soweit sie Planungsentscheidung ist, mangels Außenwirkung noch keine Rechte der Nachbarn verletzen kann¹⁾.

Im Gaststättenrecht schließlich haben die Grundrechte der Anlieger, z.B. das Grundrecht einer Kirchengemeinde auf ungestörte Religionsausübung, bei Erteilung einer Schankerlaubnis für die in unmittelbarer Nähe der Anwohner liegende Gaststätte nachbarschützende Wirkung²⁾; das Recht auf ungestörte Nachtruhe kann bei Überschreitung der Sperrstunde ebenfalls im Wege der Nachbarklage verfolgt werden³⁾.

- c. Neben dieser Form der Nachbarklage hat sich ferner eine sog. "öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage" entwickelt⁴⁾.

Unter diesem Sammelbegriff werden eine ganze Reihe von unterschiedlichen Rechtsschutzbegehren zusammengefaßt, die nur in der wirtschaftlichen Ausgangsposition Gemeinsamkeiten aufweisen: Es geht um den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz wettbewerbsrechtlicher Positionen von Konkurrenten auf dem Markt, die sich durch eingreifende oder auch unterlassene Lenkungsakte der staatlichen Wirtschaftsverwaltung in ihrer rechtlich gesicherten Wettbewerbslage beeinträchtigt fühlen.

-
- 1) BVerwG, NJW 1969, S. 340, Urt. v. 11.10.1968.
2) BVerwGE Bd. 10, S. 91, Urt. v. 18.12.1959.
3) BVerwGE Bd. 11, S. 331, Urt. v. 13.01.1961; Bd. 31, S. 15, Urt. v. 05.11.1968 (für den Betrieb einer Kegelbahn); vgl. zum Ganzen: Demme, DVBl. 1967, S. 758 ff.
4) Ausführl. zur wirtschaftlichen Konkurrentenklage Schmidt, NJW 1967, S. 1635; Friauf, DVBl. 1969, S. 368; Scholz, NJW 1969, S. 1044; Rüber, NJW 1971, S. 2097; Scholz, Wirtschaftsrecht, 1972, S. 35 ff.; Mössner, JuS 1971, S. 131; Zuleeg, a.a.O., S. 62 ff.

Inhaltlich kann eine Konkurrentenklage einmal auf die bloße Abwehr einer staatlichen Maßnahme in Verteidigung der bestehenden Wettbewerbslage gerichtet sein (sog. negative Konkurrentenklage). Darüberhinaus kann im Wege der Konkurrentenklage auch ein positiver Anspruch auf ein Tätigwerden des Staates (etwa im Hinblick auf die eigene Zulassung statt der des Mitbewerbers; die eigene Subventionierung aus Haushaltsmitteln anstelle oder zusammen mit einem Konkurrenten) verfolgt werden (sog. positive Konkurrentenklage).

Daraus folgt, daß sich die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage in aller Regel auf die Aufhebung und/oder den Erlaß konkurrentenbegünstigender oder -belastender Verwaltungsakte richtet.

In der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte¹⁾ hat die Konkurrentenklage bisher ganz allgemein nur sehr zögernd Anerkennung gefunden. Dies zeigen vor allem die Urteile zum Berufs- und Gewerbezulassungsrecht sowie zum Subventionsrecht.

1) Ergänzend soll hier darauf hingewiesen werden, daß es auch im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit die Konstruktion der Konkurrentenklage gibt, und zwar im Kartellrecht. Obwohl das Kartellrecht durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB i.d.F. v. 04.04.1974 - BGBl. I S. 869) in die Zuständigkeit der Zivilgerichte gefallen ist, ändert dies nichts daran, daß es sich beim kartellrechtlichen Beschwerdeverfahren materiellrechtlich um eine Form des besonderen Verwaltungsrechts handelt; Gegenstand der Kartellbeschwerde sind nämlich öffentlich-rechtliche Streitigkeiten.

Vgl. näher: BGHZ Bd. 41, S. 61 (63 f.), Beschl. v. 05.12.1963; Bd. 51, S. 61 (65), Beschl. v. 04.11.1968.

Die ersten Konkurrentenklagen waren von den Verwaltungsgerichten auf dem Gebiet des Berufs- und Gewerbezulassungsrechtes zu entscheiden: Hier handelte es sich um zwei ganz verschiedene Fallgruppen, nämlich entweder um Klagen der zur Berufs- und Gewerbeausübung bereits zugelassenen Unternehmer gegen die Zulassung weiterer Unternehmer oder um Klagen der im Zulassungsverfahren unterlegenen Mitbewerber. Soweit in diesen Fällen die Kläger die eigene Zulassung erstrebten, war die Zulässigkeit der Klage relativ unproblematisch.¹⁾

Zwar handelt es sich bei dem im Klagewege verfolgten Recht um das Recht der wirtschaftlichen Chancengleichheit, das von seinem Inhalt her dem nichtberücksichtigten Mitbewerber die gleiche Erwerbschance eröffnen will wie dem Konkurrenten. Jedoch bereitete das Recht der Chancengleichheit trotz seiner vielfach bestehenden materiellrechtlichen Unklarheiten den Gerichten im Bereich der verwaltungsprozessualen Klagebefugnis keine sonderlichen Schwierigkeiten.

Problematisch war indessen die Zulässigkeit der die Begünstigung des Konkurrenten anfechtenden Klage im Hinblick auf die Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO), insbesondere die Ermittlung und Inhaltsbestimmung der geltend gemachten "subjektiven Rechte", da bei der grundsätzlich bestehenden Wettbewerbsfreiheit ein Schutz vor "lauterer"

1) BVerwGE Bd. 1, S. 92 (93 f.), Urt. v. 10.03.1954; Bd. 3, S. 21 (22 ff.), Urt. v. 01.12.1955; Bd. 9, S. 284 (285 ff.), Urt. v. 30.10.1959; Bd. 16, S. 190 ff., Urt. v. 28.06.1963; Bd. 18, S. 336 ff., Urt. v. 29.05.1964; Bd. 23, S. 314 (315 f.), Urt. v. 25.02.1966.

Konkurrenz nicht in Betracht kam; der betroffene Dritte mußte darlegen, daß seine schutzwürdigen Interessen durch Verzerrung der Wettbewerbslage und Verminderung seiner Wettbewerbsfähigkeit willkürlich vernachlässigt worden seien¹⁾.

Charakteristisch für die frühe Rechtsprechung zur negativen Konkurrentenklage ist, daß sie in der staatlichen Ermöglichung oder Förderung der geschäftlichen Betätigung eines Konkurrenten eine Beeinträchtigung von nur wirtschaftlichen Interessen erblickte, die nicht zur Klage berechnete²⁾.

Ausnahmen von diesem Grundsatz machte die Judikatur nur, wenn es sich um das Eindringen von Unternehmen der öffentlichen Hand in den Wettbewerb handelte und dadurch die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung infolge des Übergewichtes des staatlichen Unternehmens bestand (z. B. im Versicherungswesen) oder wenn eine Anhörung der Betroffenen grundsätzlich vorgeschrieben war (wie etwa im Personenbeförderungsrecht).

Dennoch sind auch hier Widersprüche unübersehbar: Während das Bundesverwaltungsgericht im Personenbeförderungsrecht die Konkurrentenklage grundsätzlich zuließ, verneinte es die Klagebefugnis

1) BVerwGE Bd. 30, S. 191 (197), Urt. v. 30.08.1968.

2) Verneint wurde die Klagebefugnis für den bereits zugelassenen Notar gegenüber der Zulassung eines weiteren Notars, OVG Lüneburg, OVGE Bd. 5, S. 484, Urt. v. 11.03.1952; für den bereits zugelassenen Rechtsanwalt gegenüber der Zulassung eines weiteren Anwaltes, BVerwG, DVBl. 1958, S. 391, Urt. v. 23.01.1958; für den bereits zugelassenen Milchwändler gegenüber der Zulassung weiterer Milchwändler, OVG Lüneburg, OVGE Bd. 2, S. 233, Urt. v. 06.09.1950; für das zugelassene Versicherungsunternehmen gegenüber der Zulassung weiterer Versicherungsunternehmen, BVerwGE Bd. 10, S. 122, Urt. v. 18.01.1960; für den bereits zugelassenen Apotheker gegenüber der Zulassung weiterer Apotheker, BVerwG, NJW 1958, S. 643, Urt. v. 29.08.1957.

der wettbewerbsmäßig betroffenen Konkurrenzunternehmen im Bereich des Eisenbahnrechtes mit der Begründung, "die Genehmigung von Ausnahmetarifen schaffe kein konkretes Rechtsverhältnis und betreffe die Kläger nicht in ihren Rechten, eventuelle Ansprüche seien auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen", obwohl die Vorschrift des § 8 Allgemeines Eisenbahngesetz¹⁾ den genannten Regelungen des Personenbeförderungsrechtes²⁾ inhaltlich

1) AEG v. 29.03.1951 - BGBl. I S. 225, 438.

2) Bejaht wurde die Klagebefugnis für den in die Bewerberliste für Bezirksschornsteinfeger eingetragenen Mitbewerber gegenüber der vorrangigen Eintragung eines Konkurrenten, BVerwG, DÖV 1958, S. 533, Urt. v. 23.01.1958; vgl. dazu auch: OVG Lüneburg, OVGE Bd. 15, S. 333, Urt. v. 25.09.1959; für den in einem Verfahren zur Erteilung der Milchhandelserlaubnis übergangenen Bewerber, OVG Lüneburg, OVGE Bd. 8, S. 493 (494), Urt. v. 13.10.1954; für den im Zulassungsverfahren übergangenen Mitbewerber um eine Kassenarztstelle, BSGE Bd. 5, S. 238 (241), Urt. v. 03.07.1957; für eine private Mobiliarbrandversicherung gegenüber der Zulassung einer öffentlichen Gebäudeversicherungsanstalt mit hoheitlichem Zwangscharakter zur Mobiliarfeuersicherung, BVerwGE Bd. 17, S. 306 (307), Urt. v. 19.12.1973 (in diesem Urteil gebrauchte das BVerwG den Begriff "Konkurrentenklage" zum ersten Mal); bejaht wurde die Klagebefugnis ferner in verschiedenen Wettbewerbsbeziehungen des Personenbeförderungsrechtes. Sowohl für das Personenbeförderungsgesetz v. 04.12.1934 (RGBl. S. 1217) als auch für die geltende Fassung v. 21.03.1961 (BGBl. I S. 241) erkannte die Rechtsprechung dem Altunternehmer grundsätzlich die Klagebefugnis zur Anfechtung der Zulassung des neuen Bewerbers zu, obwohl die dem Altunternehmer durch das Gesetz zuteil werdende tatsächliche Begünstigung in Gestalt des Anhörungsrechtes (vgl. §§ 9, 11 DVO zum PBefG v. 26.03.1935 - RGBl. S. 473) bzw. in Gestalt des Ausgestaltungs- und Besitzstandsrechtes (vgl. § 13 Abs. 2, Abs. 4 PBefG 1961) nicht Hauptzweck der Schutzregelung ist.

entspricht¹⁾.

Im Subventionsrecht waren die Gerichte mit der Zulassung der Konkurrentenklage des die Subventionierung eines Konkurrenzunternehmens anfechtenden Mitbewerbers noch zurückhaltender²⁾. In aller Regel fehlte es nämlich an speziellen gesetzlichen Regelungen der Voraussetzungen der Subventionsgewährung, welche die Interessen des Konkurrenten konkret hätten schützen können. Die hieraus gezogenen Konsequenzen sind indes fraglich: Obwohl die Subventionsgewährung an einen Dritten den übergangenen Konkurrenten in seinem grundgesetzlich geschützten "Recht auf Wettbewerbsfreiheit"³⁾ beeinträchtigen konnte, wurde die Klagebefugnis gleichwohl verneint, da eine durch ein spezielles Gesetz rechtlich geschützte Rechtsstellung des übergangenen Bewerbers nicht ersichtlich war und - nach damaliger Auffassung - Grundrechtsverletzungen alleine die Klagebefugnis des Dritten nicht begründen konnten⁴⁾.

1) Zum PBefG 1934 vgl.: BVerwGE Bd. 1, S. 92, Urt. v. 10.03.1954; Bd. 2, S. 141, Urt. v. 02.06.1955; Bd. 9, S. 340, Urt. v. 20.11.1959.

Zum PBefG 1961 vgl.: BVerwGE Bd. 16, S. 187, Urt. v. 28.06.1963; Bd. 23, S. 314, Urt. v. 25.02.1966; Bd. 30, S. 347, Urt. v. 25.10.1968; Bd. 31, S. 133, Urt. v. 06.12.1968.

Vgl. zum gesamten Komplex: Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 72 ff., 142 ff., 168 ff.; BVerwGE Bd. 21, S. 338, Urt. v. 12.07.1965; sowie OVG Hamburg, DVBl. 1963, S. 784, Urt. v. 25.01.1963.

2) So BVerwGE Bd. 10, S. 123, Urt. v. 28.01.1960.

3) Vgl. Schlichter, DVBl. 1966, S. 738 (742); Friauf, DVBl. 1966, S. 729 (736); Bleckmann, Subventionsrecht, S. 146 ff.; ausführlich: Henke, Wirtschaftssubventionen, S. 112 ff.

4) Die Frage, ob es ein Grundrecht auf Wettbewerbsfreiheit gibt, ist streitig. Vgl. einerseits: Huber, DÖV 1956, S. 135 (136) und Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 RN. 48 und andererseits: Henke, a.a.O. S. 118 f.

Ein Wandel in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Konkurrentenklage, vor allem im Verständnis der Klagebefugnis¹⁾, das noch 1963²⁾ ausgeführt hatte, "daß die sogenannte Konkurrentenklage nach dem geltenden verwaltungsprozessualen Rechtsschutzsystem grundsätzlich nicht vor den Verwaltungsgerichten ausgetragen werden könne, da hier nur wirtschaftliche und nicht rechtlich geschützte Interessen³⁾ verletzt würden", zeichnet sich in mehreren Urteilen aus dem Jahre 1968⁴⁾ ab. Dort ließ das Bundesverwaltungsgericht Konkurrentenklagen ohne die früheren prinzipiellen Einschränkungen mit der Begründung zu, "die Klagebefugnis sei zu bejahen, wenn der Unternehmer geltend mache, durch die staatliche Maßnahme seien seine schutzwürdigen Interessen willkürlich vernachlässigt worden"; der in seiner Wettbewerbsposition betroffene Unternehmer stehe in einer so engen Beziehung zu dem staatlichen Handeln, daß er nicht mehr als unbeteiligter Dritter angesehen werden könne.

1) Vgl. dazu: Unten Teil II, 1. a. aa)

2) In BVerwGE Bd. 17. S. 306 (307), Urt. v. 19.12.1963.

3) Hier stellt sich die schwierige Frage, ob es ein "Recht" auf freien, auch durch staatliche Förderungsleistungen unverzerrten Wettbewerb gibt. Vgl. dazu: Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft, 1961, S. 14 ff.; Huber, DÖV 1956, S. 135 (138 ff.); Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 Abs. 1 RN. 48; Friauf, Anm. zum Urt. d. BVerwG v. 30.08.1968, DVBl. 1969, S. 368 ff.; Zuleeg, Subventionskontrolle, S. 80 ff.

Vgl. dazu auch die Entscheidungen des BVerwG: E Bd. 4, S. 7 (17f.), Urt. v. 20.07.1954; Bd. 21, S. 292, Beschl. v. 11.04.1967; Bd. 30, S. 292, Beschl. v. 16.03.1971.

4) BVerwGE Bd. 30, S. 191, Urt. v. 30.08.1968; Bd. 30, S. 242, Urt. v. 11.10.1968; Bd. 30, S. 251, Urt. v. 11.10.1968; Bd. 30, S. 257, Urt. v. 11.10.1968; Bd. 30, S. 347, Urt. v. 25.10.1968; Bd. 30, S. 352, Urt. v. 25.10.1968.

Das Gericht geht also bei der Prüfung der Klagebefugnis von dem Begriff des "subjektiven Rechtes" ab und spricht stattdessen von "schutzwürdigen Interessen". Dieser Wandel im Verständnis der Klagebefugnis hat zur Folge, daß im Bereich des Berufszulassungs- und Subventionsrechtes die Zulässigkeit der öffentlich-rechtlichen Konkurrentenklage mittlerweile als gesichert gelten kann¹⁾.

1) Vgl. Friauf, DVB1. 1969, S. 368 ff.; Scholz, NJW 1969, S. 1044 ff..
Vgl. ferner das jüngst im gleichen Sinne ergangene Urteil des BVerwG v. 01.03.1978, NJW 1978, S. 1539.

3. Die Problemstellung im Beamtenrecht

Im Hinblick auf die Gewährung von verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz bei Konkurrenzsituationen in den zuvor dargestellten Rechtsgebieten drängt sich daher die Frage auf, ob dementsprechend nicht auch im Beamtenrecht eine Rechtsschutzmöglichkeit des unterlegenen Bewerbers bei beamtenrechtlichen Ernennungen in Gestalt der beamtenrechtlichen "Konkurrentenklage" anzuerkennen ist¹⁾²⁾.

- a. Bevor mit der Erörterung der materiellen Probleme, die die Beantwortung dieser Frage mit sich bringt, begonnen wird, sollen zunächst die im Folgenden verwandten Begriffe erläutert und geklärt werden, um terminologische Unklarheiten von vorneherein möglichst zu vermeiden und die rechtlichen Schwierigkeiten, die durch die zu Tage tretende Verknüpfung von materiellem Beamtenrecht und Verwaltungsprozeßrecht verursacht werden, nicht noch größer werden zu lassen.

Die "Ernennung" ist der Oberbegriff.

Sie ist ein Rechtsakt, der darauf gerichtet ist, die Rechtsstellung des Beamten nach Art und Inhalt festzulegen³⁾; sie umfaßt zunächst die "Einstellung", d. h. die Begründung des Beamtenver-

1) Im europäischen Beamtenrecht ist diese Frage behandelt worden; vgl. dazu das Urt. des EuGH v. 30.10.1974, DVBl. 1975, S. 773.

2) Vgl. zu dieser Frage insbesondere: Solte, ZBR 1972, S. 109 ff.; aus neuerer Zeit: Günther, ZBR 1979, S. 93 (104 ff.) mit zahlreichen Hinweisen auf den bisherigen Stand der Meinungen; ferner: Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 285 ff.

3) § 6 Bundesbeamtengesetz - BBG - i.d. F. v. 03.01.1977, BGBI. I S. 1, 795.

hältnisses durch Berufung in das Beamtenverhältnis (§ 3 BLV¹⁾), die "Anstellung", d. h. die erste Verleihung eines Amtes im statusrechtlichen Sinne (§ 10 Abs. 1 BLV) sowie die "Beförderung" (§ 12 Abs. 1 BLV).

Die "Beförderung" eines Beamten ist demgemäß eine "Ernennung", durch die der Dienstherr dem Beamten ein anderes Amt mit höherem Endgrundgehalt und anderer Amtsbezeichnung verleiht (§ 12 Abs. 1 Satz 1 BLV). Unter "Amt" wird hier das "statusrechtliche" Amt²⁾, nicht das "funktionelle" Amt verstanden³⁾⁴⁾.

Von der "Einstellung" als der Begründung des Beamtenverhältnisses zu unterscheiden ist die "Zuweisung" eines konkret-funktionellen Amtes, d. h. die tatsächliche Übertragung eines bestimmten Komplexes von Zuständigkeiten zur Wahrnehmung

-
- 1) Bundeslaufbahnverordnung - BLV - v. 15.11.1978, BGBl. I S. 1763.
 - 2) Üblich ist hier auch die Formulierung "dienstrechtlich". Das Amt im statusrechtlichen Sinne umfaßt einen abstrakten und allgemein umrissenen Aufgabenkreis, verbunden mit einer Amtsbezeichnung, die in der Besoldungsordnung festgesetzt ist (vgl. Bundesbesoldungsgesetz - BBesG - i.d.F. v. 25.05.1975, BGBl. I S. 1173). Vgl. dazu: Scheerbarth/Höffken, S. 113 ff.
 - 3) Unter dem Amt im funktionellen Sinne ist der konkrete, in Wirklichkeit vorkommende Kreis von abgegrenzten Aufgaben bei einer bestimmten Dienststelle zu verstehen. Insoweit muß zwischen dem "abstrakt-funktionellen" (der Amtsstelle) und dem "konkret-funktionellen" Amt (dem Dienstposten) unterschieden werden. Vgl. dazu und zum Amtsbegriff allgemein: BVerwG, Buchholz, 232 § 23 BBG Nr. 2, Urt. v. 22.11.1962, BVerwG, ZBR 1975, S. 226, Urt. v. 03.03.1975; VGH Kassel, HessVGRspr. 1974, S. 28 (30), Urt. v. 13.06.1973; Fürst, GKÖD, I K § 6 RN. 30; Feindt, DÖD 1972, S. 186.
 - 4) Einer Beförderung steht es gleich, wenn dem Beamten, ohne daß sich die Amtsbezeichnung ändert, ein anderes Amt mit höherem Endgrundgehalt verliehen wird (§ 12 Abs. 1 Satz 2 BLV).

als Dienstobliegenheit und die "Einweisung" in eine Planstelle, d. h. die haushaltsrechtliche Fundierung des Beamtenverhältnisses¹⁾, was jedenfalls keine "Ernennung" ist.

- b. Ausgangspunkt der prozessualen und materiellrechtlichen Überlegungen zur beamtenrechtlichen Konkurrentenklage ist das Rechtsschutzbegehren des unterlegenen Bewerbers. Dieser erstrebt mit seiner Klage ein Zweifaches:
Einerseits die Rückgängigmachung der Beförderung des Mitbewerbers und darüberhinaus die eigene Beförderung statt der des Konkurrenten.

Auf den ersten Blick handelt es sich hierbei um zwei selbständige materielle Ansprüche, die lediglich mit einer Klage verfolgt werden. Soweit der Kläger die Beförderung seines Konkurrenten angreift, ist die Situation der Anfechtungsklage gegeben; soweit die eigene Beförderung erstrebt wird, handelt es sich um einen Verpflichtungsantrag (§ 42 Abs. 1 VwGO)²⁾.

- aa. Fraglich ist dabei einmal, ob dem Anfechtungsantrag bei einer derartigen Konstellation überhaupt eine eigenständige prozessuale Bedeutung zukommt oder ob er nicht bereits immanenter Bestandteil des (weitergehenden) Verpflichtungsantrages ist.

1) Begrifflich von der Beförderung zu trennen sind ferner die strukturellen Änderungen bzw. Überleitungen als gesetzliche Neuregelungen des Besoldungsgefüges; vgl. dazu BVerwGE Bd. 40, S. 229 (232 ff.), Urt. v. 12.07.1972.

2) Daß es sich bei der Beförderung um einen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt handelt, bedarf keiner weiteren Erörterung; vgl. nur: Ule, Beamtenrecht, § 5 BRRG RN. 1; Wolff/Bachof, VerwRecht, Bd. 2, § 111 IV a und § 112 II a.

Grundsätzlich entfaltet nämlich die Verpflichtungsklage, die auf den Erlaß eines Verwaltungsaktes gerichtet ist, in dem Fall der Ablehnung eines Antrages auf Vornahme des Verwaltungsaktes durch die Behörde (sog. Vornahme- oder Versagungsgegenklage¹⁾), eine zweifache Wirkung: Zum einen enthält sie den Ausspruch der begehrten Verpflichtung, darüberhinaus - gleichsam als Nebenfolge - führt sie zur Aufhebung des den Antrag ablehnenden Bescheides der Behörde. Die Verpflichtungsklage hat damit Doppelcharakter; soweit sie auf den begehrten Verwaltungsakt gerichtet ist, ist sie Leistungsklage, und, als logische Voraussetzung zur Erreichung des Leistungszieles, Gestaltungsklage²⁾.

Überträgt man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall, wird deutlich, daß der auf die eigene Beförderung gerichtete Verpflichtungsantrag darüberhinaus die Aufhebung des von der Behörde gegenüber dem Kläger erlassenen, seinen Beförderungsantrag ablehnenden Bescheides bewirkt; insoweit ist also ein eigenständiger Anfechtungsantrag nicht mehr erforderlich.

Ebenso verhält es sich bezüglich des die Beförderung des Konkurrenten regelnden Verwaltungsaktes;

1) Vgl. Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 177 ff., näher zu den unterschiedlichen Begriffen.

2) So die heute ganz herrschende Meinung; vgl.: Klinger, VwGO, § 42 Anm. A 2 b; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 42 RN. 7; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 42 RN. 10; Kopp, VwGO, § 42 Anm. 6; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 199.

BVerwGE Bd. 25, S. 357, Urt. v. 15.12.1966;

BVerwG, DVBl. 1962, S. 138, Urt. v. 21.06.1961.

auch dieser wird von der Kassationswirkung des Verpflichtungsbegehrens¹⁾ noch erfaßt.

Zwar stellt dieser Verwaltungsakt inhaltlich keine ausdrückliche "Ablehnung" des vom Kläger gestellten Antrages auf Vornahme seiner Beförderung dar; er trifft vielmehr im Verhältnis des Dienstherrn zu dem Mitbewerber eine diesen begünstigende Regelung, indem der Konkurrent entsprechend seinem Beförderungsantrag befördert wird. Damit ist die Beförderung des Konkurrenten ein rechtlich selbständig anfechtbarer und von der Ablehnungsentscheidung gegenüber dem Kläger äußerlich zu trennender Verwaltungsakt.

Jedoch trifft die Behörde ihre Auswahlentscheidung zwischen den Bewerbern in einem einheitlichen Beförderungsverfahren²⁾: Sowohl die Ablehnung gegenüber dem übergangenen Bewerber als auch die den Konkurrenten begünstigende Beförderung wurzeln in dem zwischen dem Dienstherrn und den Bewerbern um das Beförderungsamt bestehenden Rechtsverhältnis; beide Entscheidungen sind in ihren Rechtswirkungen voneinander abhängig: Da die freie Planstelle nämlich nur einmal besetzt werden kann, bedeutet die Beförderung des B zugleich auch die Entscheidung der Behörde, dem Beförderungsantrag des A nicht zu entsprechen. Es ergeht also "eine" Regelung, die notwendigerweise Doppelwirkung³⁾ hat,

1) Zur Lehre vom Streitgegenstand bei Leistungsklagen vgl.: Rosenberg/Schwab, § 96 Anm. III 3; Schwab, JuS 1976, S. 69 (71); Thomas/Putzo, Einl. II; insbes. für Verpflichtungsklagen: Eyermann/Fröhler, § 82 RN. 3; Kopp, VwGO, § 90 RN. 7; BVerwGE Bd. 40, S. 104, Urt. v. 04.05. 1972.

2) So ausdrücklich: VGH Bad.-Würt., BadWürtBl. 1972, S. 43, Urt. v. 12.07.1971; Eyermann/Fröhler, § 42 RN. 89; Solte, NJW 1980, S. 1031.

3) Vgl. dazu oben S. 5 (Anm. 2) und S. 6 (Anm. 2).

indem sie den einen Bewerber begünstigt und "zugleich" einen anderen Bewerber belastet¹⁾²⁾. Der Umstand, daß gegenüber allen Bewerbern äußerlich getrennte Bescheide ergehen, ist insoweit ohne Bedeutung, da den Ablehnungsbescheiden nur eine Klarstellungsfunktion zukommt; sie haben keinen eigenständigen Regelungsgehalt mehr. Die Aufhebungswirkung der Verpflichtungsklage erfaßt somit alle Einzelentscheidungen, die ihre rechtliche Grundlage in dem einheitlichen Beförderungsrechtsverhältnis haben und die sich mithin als Teilakte einer nicht teilbaren Beförderungsentscheidung darstellen. Demgemäß ist eine besondere, prozessual eigenständige Anfechtungsklage nicht notwendig³⁾.

- bb. Fraglich ist jedoch, ob die Aufhebung der Beförderung des Konkurrenten zur Erreichung der eigenen Beförderung des Klägers materiellrechtlich überhaupt erforderlich ist oder ob es nicht vielmehr ausreicht, wenn der Kläger sein Hauptziel, die eigene Beförderung, ausschließlich verfolgt und die Beförderung des Konkurrenten unbeachtet läßt.

Die Beantwortung dieser Frage hängt entscheidend davon ab, welche Voraussetzungen für die Beförderung erfüllt sein müssen und wie der Kläger bei der Erfüllung dieser Voraussetzungen mitwirken kann.

-
- 1) Im Ergebnis ebenso: v. Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 103 (105); Solte, ZBR 1972, S. 109 (112); Schick, DVBl. 1975, S. 741 (746); Günther, ZBR 1979, S. 93 (108); allerdings mit anderer Konsequenz: Tietgen, Hundert Jahre, S. 342; VG Hannover, DVBl. 1977, S. 584, Urt. v. 19.05. 1976.
- 2) Anstelle des Begriffes "Verwaltungsakt mit drittbelastender Doppelwirkung" wird im Folgenden der Begriff "Verwaltungsakt mit Doppelwirkung" (und nicht "Verwaltungsakt mit Drittwirkung") gebraucht.
- 3) Vgl. OVG Rhld.-Pf., ZBR 1975, S. 117, Urt. v. 04.09.1974; a.A. Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 286.

Man unterscheidet grundsätzlich zwischen den "objektiven" und den "subjektiven" Beförderungsvoraussetzungen¹⁾. Die subjektiven Beförderungsvoraussetzungen, die ausschließlich in der Person des sich um das Beförderungsamts bewerbenden Beamten erfüllt sein müssen, haben für das Verhältnis des Klägers zu dem Konkurrenten eine nur mittelbare Bedeutung; ihre praktische Relevanz zeigt sich erst in dem zwischen Kläger und Dienstherr bestehenden Rechtsverhältnis, so daß ihr Vorliegen durch den Aufhebungsantrag unberührt bleibt; zur Erfüllung der subjektiven Beförderungsvoraussetzungen ist das Aufhebungsbegehren also nicht erforderlich.

Anders verhält es sich hingegen mit den objektiven, an das konkrete Amt geknüpften Beförderungsvoraussetzungen; deren Erfüllbarkeit hängt nicht von dem jeweiligen Bewerber allein ab, sondern von anderen, außerhalb der Person des Bewerbers liegenden Umständen, so daß in diesem Bereich die Beförderung eines Konkurrenten auf die Erfüllbarkeit der Voraussetzung von Einfluß sein kann.

Zu den objektiven Beförderungsvoraussetzungen zählt zunächst die "Einrichtung eines Beförderungsamtes" im statusrechtlichen Sinne²⁾. Dies geschieht durch sein Ausbringen in der vom Gesetzgeber gestalteten Besoldungsordnung (§ 25 BBesG). Beförderungsämters sind dabei in der Regel funktionsgebunden, d. h. dem Amt ist ein bestimmter Auf-

1) Vgl. Günther, ZBR 1979, S. 93 (94 f.); Schick, DVBl. 1975, S. 741 (745); Fischbach, BBG, § 8 Fußn. 1; v. Münch, Bes. VerwRecht, S. 23 ff.

2) Günther, ZBR 1979, S. 93 (94 ff.); Fischbach, BBG, § 8 Fußn. 1.

gabenbereich gesetzlich zugeordnet¹⁾. Dies folgt aus dem Grundsatz der "funktionsgerechten Besoldung" (§§ 18 ff. BBesG)²⁾; die Funktionsbindung kann in den Besoldungsordnungen (§§ 18, 20 Abs. 1 BBesG) oder in sog. "Funktionszuweisungsverordnungen" (§ 20 Abs. 2 Satz 3 BBesG) erfolgen.

Daraus wird ersichtlich, daß die Beförderung des Konkurrenten auf diese objektive Beförderungsvoraussetzung jedenfalls keinen Einfluß haben kann, so daß das Anfechtungsbegehren aus diesem Aspekt nicht gerechtfertigt ist.

Dies könnte indessen wegen der anderen objektiven Beförderungsvoraussetzung der Fall sein: Haushaltsrechtlich zwingend erforderlich ist für eine Beförderung eine dem Amt in seiner Wertigkeit korrespondierende und besetzbar zur Verfügung stehende Planstelle (§§ 28 Abs. 1 HGrG³⁾; 49 Abs. 1 BHO⁴⁾). Diese ist grundsätzlich in dem Stellenplan ausgewiesen. Der Stellenplan ist eine Über-

-
- 1) Clemens-Millack, BBesG, § 18 RN. 3.2, 3.3; ausführlich dazu: VGH Kassel, HessVGRspr. 1974, S. 28 (30), Urt. v. 13.06.1973.
 - 2) Die früheren Institute der "Regelbeförderung" und der "Bewährungsbeförderung" sind durch Art. 1 § 1 Nr. 2, Art. 47 des Haushaltsstrukturgesetzes v. 18.12.1975 (BGBl. I S. 3091) aufgehoben.
Beide Institute ermöglichten als Ersatz für eine gesetzliche Überleitung in die nächsthöhere Besoldungsgruppe nach Erreichen einer bestimmten Dienstaltersstufe den Statuswechsel bei unveränderter, dem bisherigen Amt entsprechender Funktion, wobei die haushaltsrechtliche Seite durch Stellenbündelung, d. h. die Zusammenfassung von Stellen zweier Besoldungsgruppen im Stellenplan geregelt wurde.
Vgl. zur Regelbeförderung: BVerwG, DÖD 1970, S. 192, Urt. v. 12.12.1969; vgl. zur Bewährungsbeförderung: BVerwGE Bd. 49, S. 214, Urt. v. 09.10.1975.
 - 3) Haushaltsgrundsatzgesetz v. 19.08.1969 - BGBl. I S. 1273.
 - 4) Bundeshaushaltsordnung v. 19.08.1969 - BGBl. I S. 1284.

sicht über die Besoldungsgruppen, Amtsbezeichnungen und die verfügbaren Planstellen und gehört als Anlage zum Haushaltsplan (§§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, 12 Abs. 6 HGrG; §§ 14 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2, 17 Abs. 5 BHO).

Ist die im Haushaltsplan ausgewiesene Planstelle bereits mit einem anderen Bewerber besetzt und eine andere Stelle nicht mehr verfügbar, ist die Beförderung eines weiteren Bewerbers insoweit nicht mehr möglich.

Der im Beförderungsverfahren unterlegene Konkurrent ist also in jedem Fall darauf angewiesen, die Beförderung seines Mitbewerbers rückgängig zu machen¹⁾. Nur auf diese Weise kann er die für seine eigene Beförderung erforderliche objektive Voraussetzung (das Bestehen einer besetzbaren Planstelle) schaffen²⁾.

-
- 1) So ausdrücklich: Solte, ZBR 1972, S. 109 (112); Günther, ZBR 1979, S. 93 (108); v. Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 103 (104); Schick, DVBl. 1975, S. 741 (747); ebenso für die Anfechtung der Übertragung eines Dienstpostens: VGH Kassel, ZBR 1977, S. 370, Urt. v. 12.05.1976; OVG Rhld.-Pf., ZBR 1975, S. 117, Urt. v. 04.09.1974.
- 2) Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, ob die Aufhebung der Beförderung des Konkurrenten durch das Gericht ausdrücklich im Tenor zu erfolgen hat (so Schäfer, DVBl. 1960, S. 840; Haueisen, NJW 1960, S. 315; Eyermann/Fröhler, § 113 RN. 65) oder nicht (so die h.M.: Vgl. BVerwGE Bd. 1, S. 291 (296), Urt. v. 17.12.1954; VGH Kassel, ESVGH Bd. 11, S. 75 (76), Urt. v. 01.12.1960; Bettermann, NJW 1960, S. 651; Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), S. 278; Kopp, VwGO, § 113 RN. 73; Redeker/v.Oertzen, § 113 RN. 19), da die gesamte Auswahlentscheidung zur Nachprüfung des Gerichtes steht und das Gericht letztlich verbindlich feststellt, ob die Beförderungsentscheidung rechtswidrig war oder nicht und wie ggfs. rechtmäßig zu entscheiden gewesen wäre. Auf die geringe praktische Relevanz dieses Problems weist auch Schmitt-Kammler (DÖV 1980, S. 386) hin.

4. Ergebnis des ersten Teiles

Die vorstehenden Untersuchungen des Rechtsschutzzieles der Klage des unterlegenen Bewerbers haben ergeben, daß der Kläger, der ursprünglich in einem Konkurrenzverhältnis mit anderen Bewerbern um die Beförderung zum Hauptsekretär stand, erreichen will, daß die inzwischen besetzte Stelle wieder freigemacht und er selbst ernannt wird.

Das logisch vorrangige (Teil-) Klageziel der Verpflichtungsklage, der negativen Konkurrentenklage, wird dabei im Hinblick auf die prozessuale Zulässigkeit der Klage untersucht werden (Teil II.).

Alsdann wird der Frage nachzugehen sein, wie die Erfolgsaussichten der positiven Konkurrentenklage im Hinblick auf die eigene Beförderung des Klägers zu beurteilen sind (Teil III.)¹⁾.

-
- 1) Theoretisch wäre es auch denkbar, den Dienstherrn oder den Haushaltsgesetzgeber auf Einrichtung einer neuen Planstelle für den unterlegenen Bewerber zu verklagen. Indessen ist dieses Unterfangen von vorneherein zum Scheitern verurteilt. Der Dienstherr ist ohnehin nicht dazu befugt, Planstellen einzurichten; dies obliegt ausschließlich dem Haushaltsgesetzgeber. Jedoch besteht auch insoweit kein durchsetzbarer Anspruch, da die Zahl der Planstellen, über die der Gesetzgeber zu befinden hat, sich nach dem Umfang der öffentlichen Aufgaben, die die Behörde zu erfüllen hat, und nicht nach der Anzahl der Personen, die aus beamtenrechtlichen Gründen ernannt werden müßten, richtet.
- So die h.M.: Vgl. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 17; Solte, ZBR 1972, S. 109 (111); Ule, Die Grundrechte, Bd. IV/2, S. 585 ff.; Schack, ZBR 1961, S. 225 (230 Fußn. 73); Tietgen, Hundert Jahre, Bd. 2, S. 325 (348 f.); v.Münnch, Bes. Verwaltungsrecht, S. 23; VG Augsburg, DÖV 1978, S. 367, Urt. v. 03.11.1977.

II. Die Anfechtung der Beförderung des Konkurrenten

1. Die Zulässigkeit der Klage im Hinblick auf die Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

- a. Die hauptsächliche Problematik der Zulässigkeit der (negativen) Konkurrentenklage ist im Bereich der Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) anzusiedeln. Diese Vorschrift verlangt, daß der Kläger "geltend macht, durch den angefochtenen Verwaltungsakt in eigenen Rechten verletzt zu sein"¹⁾.

-
- 1) Bejaht wurde diese Frage bereits für den verwandten Bereich der Besetzung eines höher bewerteten Dienstpostens: OVG Rhld.-Pf., RiA 1975, S. 98, Urt. v. 04.09.1974; BVerwG, DVBl. 1976, S. 335 (337), Beschl. v. 22.04.1975; VGH Kassel, HessVGRspr. 1975, S. 79 (80), Beschl. v. 11.07.1975; VGH Kassel, ZBR 1977, S. 370, Urt. v. 12.05.1976; VGH Kassel, HessVGRspr. 1979, S. 12 (13), Beschl. v. 06.04.1978; anders noch in VerwRspr. Bd. 21 (1970), S. 787 (Nr. 199), Beschl. v. 06.10.1969.

In dieser Entscheidung hatte der VGH Kassel ebenso wie das OVG Lüneburg (VerwRspr. Bd. 27 (1976), S. 550 (Nr. 127), Urt. v. 25.03.1975) die Ansicht vertreten, die Entscheidung über die Vergabe eines höher bewerteten Dienstpostens sei kein Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, da die getroffene Regelung den nicht ausgewählten Konkurrenten nur "mittelbar", d. h. nicht final beeinträchtige.

Ungeachtet der Frage, ob es bei der Klagebefugnis überhaupt auf die "unmittelbare" Betroffenheit durch die Regelung selbst ankommt oder ob es ausreicht, daß sich die Belastung des Dritten erst aus der "Wirkung der Durchführung", d. h. faktisch ergeben kann (so Henke, Anm. zum Urt. des VG Berlin v. 15.05.1974, DVBl. 1975, S. 272 (274)), ist festzustellen, daß der VGH Kassel inzwischen seine damalige Rechtsauffassung geändert hat (vgl. die o. g. Entscheidungen). Danach kommt es für die Zulässigkeit der Anfechtungsklage maßgeblich auf die unmittelbare Betroffenheit in eigenen Rechten an. Diese Frage beurteilt sich aber ausschließlich nach objektiven materiellrechtlichen Kriterien (so Kopp, VwGO, § 42 Rn. 107; Eyermann/Fröhler, § 42 RN. 96 ff.), wobei es nicht darauf ankommt, ob sich die Belastung des Dritten schon aus dem Inhalt der Regelung oder erst aus der Wirkung des VA ergibt (Wolff/Bachof, VerwRecht, Bd. 1, § 47 VI a).

aa. Zunächst müssen Reichweite und Inhalt dieses Rechtsinstituts der verwaltungsprozessualen Zulässigkeit der Klage¹⁾, durch das dem Kläger eine konkrete Behauptungs- und Darlegungslast auferlegt wird, ermittelt werden, weil - vor allem im Bereich der Drittinteressentenklagen - die Abgrenzung des verwaltungsprozessual statthaften Individualrechtsschutzes von der unzulässigen objektiven Kontrolle des verwaltungsbehördlichen Handelns Schwierigkeiten bereitet, wobei die sprachlich verunglückte Fassung des § 42 Abs. 2 VwGO noch dazu beiträgt, im Bereich der Klagebefugnis die Meinungen sowohl hinsichtlich der Bezeichnung als auch des dogmatischen Inhaltes auseinander gehen zu lassen²⁾.

-
- 1) Die Meinungsverschiedenheiten, die in Rechtsprechung und Literatur insoweit bestehen, werden durch unterschiedliche Entscheidungen zu vergleichbaren Interessenlagen belegt; vgl. die Nachweise oben, Teil I., S. 14 Anm. 2 und S. 15 Anm. 2.
- 2) Einigkeit besteht darüber, daß § 42 Abs. 2 VwGO eine Sachurteilsvoraussetzung enthält, deren Fehlen zur Abweisung der Klage als unzulässig führt (BVerwGE Bd. 10, S. 122, Urt. v. 28.01.1960; Bd. 17, S. 87 (91), Urt. v. 29.10.1963). Verwirrend ist aber die für ein und dasselbe Rechtsinstitut gebrauchte Vielfalt der Begriffe und die Einordnung in das Prüfungsschema der prozessualen Zulässigkeitsstation: Hoffmann (VerwArch. Bd. 53 (1962), S. 297 (302)); ebenso Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), S. 174 (186) und OVG Münster, DVBl. 1964, S. 41 (42), Urt. v. 18.09.1963) bezeichnet es als "Rechtsschutzbehauptung" und ordnet es dem Rechtsschutzbedürfnis zu. Köhler (a.a.O. S. 302) und Schunck/De Clerck (a.a.O. S. 271) sprechen vom "Klage-recht". Bettermann (NJW 1961, S. 1097; Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 2, S. 449), Kopp (VwGO, § 42 RN. 93), Lücke (AöR Bd. 84 (1959), S. 185 ff.), Rupp (AöR Bd. 85 (1960), S. 301 (307 ff.)), Stern (Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 110) und Ule (VerwProzRecht, S. 121 u. S. 164 f.) gebrauchen ebenso wie das BVerwG (E Bd. 10, S. 91 (93), Urt. v. 18.12.1959) den Begriff Klagebefugnis, wobei diese zum Teil als selbständige Prozeßvoraussetzung angesehen wird.

Einigkeit besteht hinsichtlich des hinter der Vorschrift des § 42 Abs. 2 VwGO stehenden Zwecks: Nicht jede Rechtswidrigkeit des verwaltungsbehördlichen Handelns soll zur gerichtlichen Nachprüfung stehen und jeden zur Anfechtung berechtigen; insbesondere sollen Popularklagen ausgeschlossen sein¹⁾!

Mit der überwiegenden Meinung in Literatur²⁾ und Rechtsprechung³⁾ ist daher § 42 Abs. 2 VwGO dahin zu lesen, das sich aus dem Vortrag des Klägers ergeben muß⁴⁾, daß er möglicherweise ein ihn zum

-
- 1) BT-Drucksache Nr. III/55, S. 32; dies zeigt sich auch in der dem § 42 Abs. 2 VwGO entsprechenden Vorschrift des § 113 VwGO: "in seinen Rechten verletzt".
 - 2) Vgl. statt vieler: Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 110 f. m.w.N.; Pietzner/Ronellenfitsch, a.a.O., S. 44 f. m.w.N.
 - 3) Vgl. BVerwGE Bd. 3, S. 237, Urt. v. 12.04.1956; Bd. 10, S. 122, Urt. v. 28.01.1960; Bd. 39, S. 345, Urt. v. 25.02.1972; Bd. 44, S. 1, Urt. v. 13.07.1973; BVerwG, DVBl. 1964, S. 532, Urt. v. 19.12.1963; DVBl. 1964, S. 954, Urt. v. 19.12.1963; DÖV 1963, S. 205, Urt. v. 30.10.1963; VGH Kassel, DVBl. 1970, S. 66 (67), Urt. v. 12.07.1968; OVG Münster, OVGE Bd. 26, S. 93, Urt. v. 27.10.1970.
Weitere Nachweise aus der OVG-Rechtsprechung bei: Schrödter, Die verwaltungsgerichtliche Entscheidung, S. 49, 51 f.
 - 4) Die früher gelegentlich vertretene Auffassung, es genüge die bloße Rechtsbehauptung, d. h. der Kläger müsse lediglich die Ansicht äußern, er sei in seinen Rechten verletzt, läßt sich mit der Bedeutung des § 42 Abs. 2 VwGO nicht vereinbaren (vgl. Bettermann, DVBl. 1965, S. 365; Bachof, JZ 1962, S. 663 (665)). Eine derartige Verbalbehauptung kann nämlich jeder bei jedem Fall aufstellen, so daß der Popularklage Tür und Tor geöffnet und § 42 Abs. 2 VwGO zur Bedeutungslosigkeit degradiert wäre.

Vorgehen gegen den Verwaltungsakt berechtigendes Recht besitzt¹⁾. Die Klage ist nur dann unzulässig, wenn offensichtlich und nach keiner Betrachtungsweise die vom Kläger behaupteten Rechte bestehen oder ihm zustehen können²⁾³⁾.

"Recht" im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO⁴⁾ ist jedes "rechtlich geschützte Interesse"⁵⁾⁶⁾. Daß nicht die Verletzung eines "vollen subjektiv-öffentlichen Rechtes" geltend gemacht sein⁷⁾ muß, ist mittlerweile herrschende Auffassung.

-
- 1) Die Gegenposition, nach der ein schlüssiger Vortrag der Rechtsbeeinträchtigung gefordert wird, d. h. das Bestehen von Rechten ist in der Zulässigkeitsstation abschließend zu prüfen (so Lücke, AöR Bd. 84 (1959), S. 185 (213); Ule, VerwGerichtsbarkeit, Bd. I/2, § 42 Anm. III 1 a; VerwProzeßrecht, S. 167; Martens, JuS 1973, S. 425 (427); Engelhardt, JZ 1961, S. 588 ff.), ist von Bettermann (in: Staatsbürger, Bd. 2, S. 449 (456)) bereits 1963 mit ausführlicher Begründung und zutreffenden Argumenten abgelehnt worden: Es würde den Rahmen der Klagebefugnis sprengen und zur Kopflastigkeit der Urteile führen, wollte man bereits in der summarischen Zulässigkeitsprüfung der Klage endgültig die Rechtsfrage entscheiden, ob dem Kläger ein Recht zusteht, welches beeinträchtigt ist.
 - 2) BVerwGE Bd. 44, S. 1 (2 f.), Urt. v. 13.07.1973; BVerwG, DÖV 1964, S. 205, Urt. v. 30.10.1963.
 - 3) In der Praxis hat der Meinungsstreit zwischen Möglichkeits- und Schlüssigkeitstheorie nur geringe Bedeutung, da nach beiden Theorien die Frage der Rechtswidrigkeit des VA vollständig zur Begründetheit der Klage gehört. So Ule, JuS 1961, S. 190 (196).
 - 4) S.o. Teil I., S. 6 Anm. 2 u. 3, S. 7 Anm. 2.
 - 5) Mössner, JuS 1971, S. 131 (134).
 - 6) BVerwGE Bd. 3, S. 362, Urt. v. 30.06.1956; Bd. 10, S. 122, Urt. v. 28.01.1960; NJW 1977, S. 118, Beschl. v. 01.09.1976; Kopp, VwGO, § 42 RN. 112.
 - 7) Vgl. Eyermann/Fröhler, § 42 RN. 96; Redeker/v. Oertzen, § 42 RN. 83 ff. Anders die früher h.M.: Bühler, Die subjektiven Rechte, S. 9 - 60; Bachof, Reflexwirkungen, Jellinek-Gedächtnisschrift 1955, S. 287 (291).

Ausgehend von der das Verwaltungsprozeßrecht prägenden Maxime, daß sich der Rechtsschutz des einzelnen auf die Kontrolle von subjektiv-rechtlich geschützten Positionen beschränken muß und keinesfalls zur objektiven Gesetzmäßigkeitskontrolle werden darf, ist ein rechtlich geschütztes Interesse dann zu bejahen, "wenn eine Rechtsnorm einem einzelnen eine Rechtsposition einräumt¹⁾ und diese Rechtsnorm den Schutz des Individualinteresses allein oder doch zumindest neben dem Allgemeininteresse bezweckt"; wirtschaftliche, kulturelle, politische oder allgemein rechtsstaatliche Interessen allein reichen allerdings nicht aus. Dient eine Norm hingegen ausschließlich dem öffentlichen Interesse²⁾ und kommt ihre Schutzwirkung lediglich rein tatsächlich als Nebenfolge dem Individualinteresse zugute, ohne von ihrer Zweckrichtung her diese Nebenwirkung zu umfassen (sog. Rechtsreflex), scheidet eine mögliche Rechtsverletzung aus³⁾⁴⁾.

-
- 1) Vgl. zu der erforderlichen Größe eines durch ein Schutzgesetz geschützten Personenkreises: BGH, JZ 1962, S. 217 (218), Urt. v. 26.05.1961.
 - 2) Zum Begriff des öff. Interesses: Häberle, Öff. Interesse, S. 60 ff. Kritisch zum zielgerichteten Interessenschutz: Leisner, DÖV 1970, S. 217, der auf die Möglichkeit hinweist, daß öffentliches und privates Interesse durchaus konvergieren können, so daß eine eindeutige Festlegung kaum möglich sei.
 - 3) Statt vieler: Stern, Verwprozessuale Probleme, S. 112; Schwerdtfeger, a.a.O., S. 71 f.; Kopp, VwGO, § 42 RN. 116 ff.; Erichsen, VerwArch. Bd. 64 (1973), S. 319 ff.; BVerwGE Bd. 39, S. 235, Urt. v. 07.01.1972.
 - 4) Diese herrschende Schutznormtheorie hat in neuerer Zeit gerade im Bereich des Subventionsrechts mehrfach Kritik erfahren. Vgl.: Bernhardt, JZ 1963, S. 302 (304 f.), unter Hinweis auf BVerfGE Bd. 9, S. 83 (88), Beschl. v. 08.01.1959; Henke, Das subjektiv-öffentliche Recht, S. 54, 57, 60; Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), S. 84; Bartlsperger, VerwArch. Bd. 60 (1969),

Bei der Inhaltsbestimmung des Schutzzweckes der Norm ist - sollte sich der Schutzzweck nicht eindeutig aus der Norm selbst ergeben - maßgeblich auf die jeweils hinter dem konkreten Gesetz stehende verfassungsrechtliche Grundentscheidung einer Privatbegünstigung abzustellen¹⁾. Wo eine konkrete Verfassungsnorm eine subjektiv-rechtliche Privatbegünstigung sicherstellen will, ist die jeweilige (unterverfassungsrechtliche) Norm im Lichte der maßgeblichen Verfassungsentscheidung zu sehen und das subjektiv-öffentliche Recht im Wege der verfassungskonformen Rechtsanwendung festzustellen²⁾³⁾.

S. 35 (49 f.); Scholz, WiR 1972, S. 34 (51 ff.); Zuleeg, Subventionskontrolle, S. 83 ff.; ders., DVBl. 1976, S. 509 (515); Bleckmann, a.a.O., S. 151 ff.; Henke, Wirtschaftssubventionen, S. 114.

Allen diesen Versuchen, sich von der Schutznormtheorie zu lösen und auf die Kriterien der "Zweckrichtung der Norm" und des "zielgerichtet geschützten Interesses" zu verzichten, ist gemein, im Bereich der Leistungsverwaltung (vgl. dazu: Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959; Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung, 1967) eine umfassende Klagebefugnis des Dritten gegen Subventionsgewährungen an Mitbewerber begründen zu wollen, die nach herkömmlicher Auffassung fast stets zu verneinen war.

- 1) Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 122 ff., 152 ff., 172 ff.; ders., WiR 1972, S. 55 ff.; Schmidt, NJW 1967, S. 1637; Friauf, Jura 1969, S. 7 ff.; Lerche, Jura 1970, S. 842 ff.; Schwerdtfeger, Jus 1970, S. 20 (26 f.).
- 2) BVerwGE Bd. 30, S. 191, Urt. v. 30.08.1968, unter Hinweis auf BVerfGE Bd. 9, S. 83 (88), Beschl. v. 08.01.1959; neuerdings: BVerwG, NJW 1978, S. 1539, Urt. v. 01.03.1978. Vgl. ferner: BVerwG, DVBl. 1969, S. 367, Urt. v. 25.10.1968.
- 3) Aus dem baulichen Nachbarschutz: BVerwG, DVBl. 1969, S. 263, Urt. v. 21.10.1968; S. 267, Urt. v. 10.04.1968; S. 753, Urt. v. 20.06.1969; DVBl. 1970, S. 57, Urt. v. 13.06.1969; S. 60, Urt. v. 13.06.1969; S. 62, Urt. v. 19.09.1969; S. 65, Urt. v. 13.06.1969; S. 69, Urt. v. 23.04.1969. Aus neuerer Zeit: BVerfGE Bd. 52, S. 122 (130), Urt. v. 25.02.1977.

Demnach ist hier die Zulässigkeit der (negativen) Konkurrentenklage des unterlegenen Bewerbers zu bejahen, wenn es aufgrund des klägerischen Vortrages nicht auszuschließen ist, daß

- (1) der angefochtene Verwaltungsakt Normen objektiven Rechts verletzt, die entweder den Schutz des Klägers bezwecken oder bei der sich die nur faktische Begünstigung des Einzelinteresses durch die objektive Norm auf eine verfassungsmäßige privatbegünstigende Wertentscheidung stützen kann und
- (2) keine speziellen beamtenrechtlichen Grundsätze der Zulässigkeit entgegenstehen.

bb. Für die Begründung der Klagebefugnis der Konkurrentenklage¹⁾ ist maßgeblich auf Art. 33 Abs. 2 GG²⁾³⁾ abzuheben; diese Vorschrift enthält - neben

-
- 1) Die folgenden Untersuchungen werden auf Bundesrecht und hessisches Landesrecht beschränkt.
 - 2) Neben Art. 33 Abs. 2 GG gelten Abs. 3, Art. 3 Abs. 2 und 3 sowie Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 2 WRV, die den Katalog der unzulässigen Auswahlkriterien enthalten (sog. Negativkatalog).
 - 3) Als spezialgesetzliche Normen des Bundesrechts befassen sich die §§ 23, 8 Abs. 1 Satz 2 BBG u. § 7 BRRG mit der Beförderung; § 1 BLV wiederholt die Beförderungsgrundsätze ebenfalls. Eine § 8 Abs. 1 Satz 2 BBG entsprechende Regelung enthielt bereits § 26 Abs. 3 Satz 1 DBG i.d.F. des BPG.
Die inhaltsgleichen, z. T. sogar wörtlich übereinstimmenden landesrechtlichen Regelungen in Hessen befinden sich in § 8 Abs. 1 Satz 1 HBG und Art. 134 HV.
Alle anderen Landesbeamtengesetze enthalten vergleichbare Regelungen: § 11 Abs. 1 BWLBG; Art. 12 Abs. 2 BayBG; § 10 Abs. 1 Satz 2 BerlLBG; § 9 BreBG; § 7 Abs. 1 HmbBG; § 8 Abs. 1 NBG; § 10 Abs. 1 SHLBG, § 10 Abs. 1 BerlLBG verbietet darüberhinaus eine Berücksichtigung der gewerkschaftlichen Zugehörigkeit, § 7 Abs. 1 HmbBG eine unterschiedliche Behandlung wegen der Heimat.

der Regelung des gleichen Zuganges zu den öffentlichen Ämtern - die verfassungsmäßige Kodifizierung eines der wesentlichen Grundsätze des Beamtenrechts, des Leistungsgrundsatzes¹⁾. Dieser gilt für alle beamtenrechtlichen Ernennungen²⁾, vor allem aber bei Beförderungen³⁾, und besagt, daß die zur Auswahl stehenden Bewerber um ein öffentliches Amt nach "Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung" auszuwählen sind^{4) 5)}.

Dem Art. 134 HV entsprechende Bestimmungen finden sich in den Verfassungen der Länder Bayern, Berlin, Bremen, Hamburg und Rheinland-Pfalz. Dabei entsprechen Art. 116 BayV, Art. 128 BreV und Art. 59 Abs. 1 HbgV mehr dem Art. 128 Abs. 1 WRV und Art. 33 Abs. 2 GG (Fehlen des Negativkataloges), während Art. 13 BerlV und Art. 19 Rhld.-Pf V unbeschadet von in Einzelheiten abweichender Formulierungen dem Art. 134 HV ähnlicher sind. Nur in Art. 19 Rhld.-Pf V findet sich die Forderung, daß ein Bewerber für ein öffentliches Amt die Gewähr dafür bieten muß, das Amt nach den Vorschriften und dem Geist der Verfassung zu führen.

- 1) BVerwGE Bd. 24, S. 235 (239), Urt. v. 28.06.1966; Fürst, GKÖD, I K § 8 RN. 1; OVG Lüneburg, ZBR 1970, S. 385, Urt. v. 20.05.1970; Schick, Zum Rechtsanspruch auf Beschäftigung, S. 329 (377); Krüger, Das Leistungsprinzip, S. 5, 9 ff.
- 2) Das sind alle in § 5 Abs. 1 BRRG aufgezählten Fälle.
- 3) Fürst, GKÖD, I K § 8 RN. 14; Plog/Wiedow/Beck, § 8 RN. 7; vgl. ferner §§ 23 BBG u. 1 BLV.
- 4) BVerwGE Bd. 11, S. 203 (215), Beschl. v. 14.06.1960; BVerwGE Bd. 24, S. 235 (239), Urt. v. 28.06.1966.
- 5) Demgegenüber erwähnt Art. 134 HV die fachliche Leistung nicht ausdrücklich. Dieser Umstand ist jedoch ohne praktische Bedeutung, da die fachliche Leistung über § 8 Abs. 1 Satz 1 HBG als Zugangsvoraussetzung für den Bereich des hess. Landesrechts normiert ist und Art. 134 HV dieses Kriterium nicht ausschließt, sondern es lediglich unerwähnt läßt. Da Art. 134 HV ansonsten mit Art. 33 Abs. 2 GG übereinstimmt, gilt er neben Art. 33 GG für den Bereich des Landesrechts fort (BVerfGE Bd. 36, S. 342 (360 ff.)), Beschl. v. 29.01.1971). Vgl. dazu auch: Zinn/Stein, Art. 134 Erl. III 1.

Neben den positiven Zugangsvoraussetzungen für die Übertragung eines öffentlichen Amtes zählen Art. 33 Abs. 3 und (ergänzend) Art. 3 Abs. 2 und 3 GG¹⁾ eine Reihe von Merkmalen auf, die bei der Übertragung eines öffentlichen Amtes keine Rolle spielen dürfen (sog. Negativkatalog²⁾), nämlich "Geschlecht, Abstammung, Rasse, Glaube, religiöse oder politische Anschauungen, Heimat und Herkunft"³⁾.

Da die beamtenrechtlichen Bestimmungen in den Beamtengesetzen inhaltlich eng an Art. 33 Abs. 2 und 3 GG anlehnen⁴⁾, können diese Vorschriften gemeinsam daraufhin untersucht werden, ob sie dem

-
- 1) Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG RN. 2, spricht hier von "verpönten Gesichtspunkten".
 - 2) Das Differenzierungsverbot ergibt sich darüberhinaus aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 2 WRV.
 - 3) Gegenüber den spezialgesetzlichen Normen des Beamtenrechts fehlt in Art. 3 Abs. 3 GG der Aspekt der "Beziehungen", wohingegen das in Art. 3 Abs. 3 GG aufgeführte Merkmal der "Heimat" in den Beamtengesetzen nicht erwähnt ist. Dieser Umstand soll nicht dazu führen, daß dieser Aspekt bei Ernennungen berücksichtigt werden darf. Der Begriff Herkunft muß in den genannten Vorschriften in einem weiten Sinne verstanden werden, anders als in Art. 3 Abs. 3 GG (vgl. Zinn/Stein, Art. 134 Erl. VI 1; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 3 RN. 37). Das BVerfG hat ferner darauf hingewiesen, daß Begriffe wie "Abstammung, Heimat und Herkunft" einander überschneiden und ergänzen (BVerfGE Bd. 9, S. 124 (128), Beschl. v. 22.01.1959). Ule (Beamtenrecht, § 7 BRRG, RN. 2) erachtet die fehlende Erwähnung des Merkmals Heimat in § 7 BRRG für verfassungswidrig, nicht aber die über Art. 3 Abs. 3 GG hinausgehende Aufnahme des Begriffes der Beziehungen in die Beamtengesetze.
Art. 134 HV beschränkt sich auf die Aufzählung von "Herkunft, Rasse, religiöses Bekenntnis und Geschlecht" als mißbilligte Auswahlkriterien. Insoweit gilt ergänzend Art. 1 HV.

- 4) Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG RN. 1.

Kläger ein subjektives "Recht" im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO verleihen, wobei im Folgenden der Einfachheit halber nur die höherrangige Norm zitiert wird¹⁾.

cc. Fraglich ist, ob Art. 33 Abs. 2 GG geeignet ist, die Klagebefugnis der Konkurrentenklage zu begründen.

-
- 1) Soweit sich das Schrifttum bisher mit dieser Frage befaßt hat, sind die vorgefundenen Ansätze im Bereich der Klagebefugnis dogmatisch vielfach unsauber und differenzieren nicht in ausreichendem Maße zwischen Verfassungsrecht und speziellem Beamtenrecht. Ebenso fehlt es an der Unterscheidung der für Anfechtungs- und Verpflichtungsbegehren jeweils unterschiedlichen Voraussetzungen im Bereich der Klagebefugnis.
- V. Mutius (VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 103 (105)) führt aus, die Klagebefugnis ergebe sich aus Art. 33 Abs. 2 GG "bzw." §§ 8 Abs. 1 Satz 2 BBG, § 7 BRRG" sowie "den entsprechenden Bestimmungen der Landesbeamtengesetze. Solte (ZBR 1972, S. 109 (110)) greift ebenso wie Schick (DVB1. 1975, S. 741 (744)) unmittelbar auf Art. 33 Abs. 2 GG zurück, ohne auf das spezielle Beamtenrecht eingegangen zu sein.
- Ule (Beamtenrecht, § 7 BRRG RN. 5; in: Die Grundrechte, Bd. IV/2, S. 584 f.) führt aus, daß Ernennungen, die unter Verletzung der landesrechtlichen Bestimmungen erfolgen, "gesetz- und verfassungswidrig sind"; Bewerber, die dies geltend machen, können Verpflichtungsklage erheben mit der Behauptung, die rechtswidrige Ablehnung verletze sie in ihrem Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte.
- Hier werden sowohl das unterschiedliche Rechtsschutzziel von Anfechtungs- und Verpflichtungsbegehren als auch der Grundsatz der Spezialität mißachtet.

(1) Die früher in Literatur¹⁾ und Rechtsprechung²⁾ herr-

-
- 1) Ipsen, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 193; Seibert, DVBl. 1959, S. 869 (871), der zwar einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG als denkbar ansieht, gleichwohl aber eine Klagemöglichkeit unter Hinweis auf den Grundsatz "Kein Anspruch auf Beförderung" verneint mit der Begründung, solchenfalls enthalte Art. 3 Abs. 3 GG kein subjektives Recht; Jess, Bonner Kom., Art. 33 Anm. II 3; v. Mangoldt/Klein, Art. 33 Anm. IV 1, 5; Menger, VerwArch. Bd. 54 (1963), S. 286 (295); Fischbach, § 6 Anm. II 7 Fußn. 12, § 8 Anm. III, § 23 Anm. IV, will allenfalls Schadensersatzansprüche zugestehen; Plog/Wiedow/Beck, § 8 RN. 20: "Die Beachtung des Leistungsgrundsatzes ist keine dem Bewerber gegenüber obliegende Dienstpflicht; § 23 RN. 8 Fußn. 2: "Eine Vornahmeklage auf Beförderung könnte nur Erfolg haben, wenn jedes Übergehen des Klägers ermessensfehlerhaft wäre." Diese Ausführungen sind widersprüchlich; ist die Pflicht zur Beachtung des Leistungsgrundsatzes keine Amtspflicht gegenüber dem Bewerber, kommt auch kein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung in Betracht. Dieser ist nämlich nur möglich, wenn dem Interessenten ein subjektiv-rechtlich geschütztes Interesse zusteht (Schwerdtfeger, a.a.O., S. 57 f., 73; Eyermann/Fröhler, § 114 RN. 8; Knack, VwVfG, § 40 RN. 10.2; Kopp, VwGO, § 42 RN. 119; Hoffmann-Becking, JuS 1973, S. 615; BVerwGE Bd. 39, S. 235 (238), Urt. v. 07.01.1972). Crisolli/Schwarz, § 92 Anm. 3 c (S. 118): Die Beförderung ist eine Maßnahme, die dem Dienstherrn nicht im Interesse des einzelnen Beamten obliegt, sondern ausschließlich zur Wahrung der Belange des öff. Dienstes dient.
- 2) RGZ Bd. 111, S. 358, Urt. v. 09.10.1925; Bd. 146, S. 369 (373), Urt. v. 07.12.1934; Bd. 159, S. 247 (250), Urt. v. 27.01.1939; BGHZ Bd. 15, S. 185 (187), Urt. v. 11.11.1954; Bd. 21, S. 256, Urt. v. 12.07.1956; Bd. 23, S. 36 (42), Urt. v. 20.12.1956; DDB 1958, S. 63, Urt. v. 03.10.1957; OLG Celle, NJW 1959, S. 1284, Urt. v. 07.01.1955; BVerwGE Bd. 2, S. 151 (153), Urt. v. 21.06.1955; Bd. 15, S. 3 (6), Urt. v. 30.08.1962; ZBR 1966, S. 377 (379), Urt. v. 24.06.1966; Bd. 28, S. 155 (160), Urt. v. 26.10.1967; VGH Kassel, ESVGh Bd. 3, S. 100 (103), Urt. v. 31.07.1953; Bd. 9, S. 231 (235), Urt. v. 22.10.1959; HessVGRspr. 1966, S. 2 (3), Urt. v. 20.07.1965; ZBR 1969, S. 174, Urt. v. 13.08.1968; Urt. v. 13.10.1970, I OE 45/70; Urt. v. 30.11.1971, I OE 68/71; VGH Bad.-Würt., DVBl. 1951, S. 121, Urt. v. 31.03.1950; VerwRspr. Bd. 7, S. 231, Nr. 44, Urt. v. 03.07.1951; ESVGh Bd. 2, S. 148 (149), Urt. v. 01.08.1952; OVG Rhld.-Pf., ZBR 1954, S. 355, Urt. v.

schende Meinung, die heute nur noch vereinzelt vertreten wird¹⁾, verneinte die Möglichkeit einer aus Art. 33 Abs. 2 GG hergeleiteten Rechtsverletzung eines abgewiesenen Bewerbers mit der Begründung, die Vorschrift diene ausschließlich dem Interesse des Staates an der Sicherung einer den Belangen des öffentlichen Dienstes entsprechenden bestmöglichen Besetzung seiner Dienstposten und damit dem Wohle der Allgemeinheit; keinesfalls bezweckten die Vorschriften über die Beförderung der Beamten den Schutz von besonderen Belangen des einzelnen Beamten; diesem sei vielmehr lediglich die Befugnis eingeräumt, sich zu bewerben. Daher sei ein Verstoß gegen die in Art. 33 Abs. 2 und 3 GG genannten bei der Beförderung zu beachtenden Auswahlkriterien lediglich eine objektive Pflichtverletzung, woraus der einzelne Beamte jedoch keine klagbaren Ansprüche herleiten könne²⁾.

Das Bundesverwaltungsgericht, das mit seinem grundlegenden Urteil vom 30.08.1962³⁾ maßgeblich zur Aufrechterhaltung dieser Rechtsauffassung beitrug,

26.04.1954; DVB1. 1956, S. 309 (310), Beschl. v. 13.01.1956; VGH, ZBR 1953, S. 188, Urt. v. 15.04.1952; DVB1. 1955, S. 133, Urt. v. 01.03.1954; OVG Münster, DVB1. 1958, S. 590 (Nr. 260), Urt. v. 13.01.1957; OVG Lüneburg, DÖV 1967, S. 426, Urt. v. 24.08.1966; OVG Hamburg, VerwRspr. Bd. 10, S. 946, Urt. v. 20.12.1956; DVB1. 1963, S. 31, Urt. v. 23.08.1962.

- 1) So v. Mangoldt/Klein, Art. 33 Anm. IV 1 u. 5; Ipsen, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 193; Jess, Bonner Komm., Art. 33 Anm. II 3; Crisolli/Schwarz, § 92 Anm. 3 c (S. 118); Fischbach, § 6 Anm. II 7; unklar: Plog/Wiedow/Beck, § 8 RN. 20 u. § 23 RN. 8.
- 2) Dennoch war die h.M. inkonsequent, indem sie dem zu Unrecht übergangenen Bewerber Schadensersatz zubilligte, und zwar wegen Verletzung der Fürsorgepflicht; wenn der Dienstherr im Beförderungsverfahren keine Interessen des Beamten wahrnimmt, ist die Entstehung von Schadensersatzansprüchen undenkbar (dazu im einzelnen: unten Teil III.)
- 3) BVerwGE Bd. 15, S. 3 (6) = NJW 1963, S. 123 = ZBR 1963, S. 352 = DVB1. 1963, S. 511.

begründete seine Ansicht einmal mit einem Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichtes¹⁾ zu dieser Frage und führte im weiteren aus, an dieser Rechtsauffassung habe auch der Bundesgerichtshof²⁾ zu Recht festgehalten, da sich insoweit nach Inkrafttreten des Grundgesetzes die Rechtslage nicht geändert habe. Zum anderen zog das Gericht aus dem Absolutheitsanspruch der tradierten Formel "Es gibt kein Recht des Beamten auf Beförderung" den Schluß, ein Rechtsanspruch auf Beförderung sei mit den Belangen des öffentlichen Dienstes und der Personalhoheit des Dienstherrn grundsätzlich nicht zu vereinbaren.

- (2) An diesem Ergebnis ist im Schrifttum in neuerer Zeit zunehmend Kritik dahingehend geübt worden³⁾, die (früher) herrschende Meinung verkenne die grundrechtliche Komponente des Art. 33 Abs. 2 GG⁴⁾ und übersehe, daß die die Beförderung des Beamten regelnden Vorschriften über eine reflexartige Begünstigung hinaus den Interessen des einzelnen Beamten zu dienen bestimmt seien, als diese im Rahmen ihres beruflichen Aufstieges vor Benachteiligungen aus

1) RGZ Bd. 159, S. 247 (250), Urt. v. 27.01.1939; Bd. 146, S. 369 (373), Urt. v. 07.12.1934.

2) BGHZ Bd. 21, S. 256 (257), Urt. v. 12.07.1956.

3) Vgl.: Tietgen, Hundert Jahre, Bd. 2, S. 325 ff.; ders., DVBl. 1963, S. 513 (515); Schick, ZBR 1967, S. 297 (300); ders., DVBl. 1975, S. 741 (744); Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG RN. 5; ders., Grundrechte, Bd. IV/2, S. 584 ff.; Solte, ZBR 1972, S. 109 (110); ders., NJW 1980, S. 1027; Hamann/Lenz, Art. 33 Anm. B 2; Fürst, GKÖD, I K § 8 RN. 3; Wolff/Bachof, VerwRecht, Bd. 2, § 111 I a, § 112 II a 1; v. Münch, Bes. VerwRecht, S. 28; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 17; v. Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 103 (106); Günther, ZBR 1979, S. 93 (99 ff.); Zinn/Stein, Art. 134 Erl. II 1 u. VII; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 285 ff.; Finkelnburg, Referat in dem Arbeitskreis VI des 6. Deutschen Verwaltungstages am 09.05.1980 in Kassel, DVBl. 1980, S. 809 (811 ff.).

4) Willke, JZ 1980, S. 440, 442; v. Arnim, Ämterpatronage, S. 32 ff.

unsachlichen Gründen geschützt sein sollten¹⁾. Dies sei auch und gerade mit den Belangen des öffentlichen Dienstes und der Personalhoheit des Dienstherrn zu vereinbaren, da das verwaltungspolitische Ziel, den jeweils besten Bewerber zu befördern, durch einen gleichgerichteten Anspruch des betreffenden Beamten nicht gefährdet sei²⁾. Der Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts gehe fehl, da das Reichsgericht wegen der ansonsten fehlenden Zulässigkeit des Rechtsweges gezwungen gewesen sei, auf den Ernennungsvorgang und nicht auf die EntschlieÙung selbst abzustellen³⁾. Die Kriterien, nach denen Ernennungen ausschlieÙlich vorzunehmen seien, bezweckten daher sowohl den Schutz des einzelnen Bewerbers, nach seinen Fähigkeiten die Möglichkeit des beruflichen Weiterkommens zu haben⁴⁾, als auch den Schutz der öffentlichen Belange an einer sachkundigen, leistungsfähigen und sparsamen Verwaltung⁵⁾. Wegen dieser doppelten Zielrichtung gewährten die Vorschriften auch subjektive Rechte des einzelnen⁶⁾.

Zu dieser Rechtsauffassung ist auch die Rechtsprechung gelangt, wobei die Begründung der Entscheidungen mit den von der Literatur gegebenen Begründungen ganz oder zum Teil übereinstimmt. Schon in seinem Urteil vom 17.09.1964⁷⁾ hat das

1) V. Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 106.

2) Günther, ZBR 1979, S. 99 f.

3) Tietgen, Hundert Jahre, Bd. 2, S. 349.

4) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 12.

5) Fürst, GKÖD, I K § 5 RN. 13; § 8 RN. 3.

6) Schmidt-Aßmann, NJW 1980, S. 16 (17).

7) BVerwGE Bd. 19, S. 252 (254 f.) = DVBl. 1965, S. 331.

Bundesverwaltungsgericht klargestellt, "die beamtenrechtlichen Vorschriften, nach denen sich die Beförderung von Beamten richtet, dienen zwar in erster Linie dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Besetzung der Beamtenstellen.... Die Möglichkeit der Beförderung diene aber in zweiter Linie auch dem Interesse des Beamten, im Rahmen der dienstlichen, beamten- und haushaltsrechtlichen Möglichkeiten angemessen beruflich aufzusteigen"¹⁾.

Die Rechtsprechung des VGH Kassel²⁾ und der übrigen Verwaltungsgerichte³⁾ ist dem mittlerweile - soweit ersichtlich - ausnahmslos gefolgt.

-
- 1) Vgl.: BVerwG, VerwRspr. Bd. 19, S. 794 (Nr. 205), Urt. v. 28.03.1968; Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 30, Urt. v. 23.02.1970; Buchholz 237.6 § 8 LBGNS Nr. 1, Urt. v. 06.03.1975; DVBl. 1976, S. 335 (337), Beschl. v. 22.04.1975; BVerwGE Bd. 49, S. 214 (220), Urt. v. 16.10.1975; Beschl. v. 06.10.1976, II B 71.75; DÖV 1977, S. 139, Beschl. v. 04.11.1976; Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 66, Beschl. v. 15.07.1977.
 - 2) VGH Kassel, HessVGRspr. 1974, S. 28 (32), Urt. v. 16.03.1973; DVBl. 1974, S. 878, Beschl. v. 10.04.1974; HessVGRspr. 1975, S. 89, Urt. v. 29.02.1975; HessVGRspr. 1975, S. 79, Beschl. v. 11.07.1975; ZBR 1977, S. 70, Urt. v. 12.05.1976; HessVGRspr. 1977, S. 33 (34), Urt. v. 16.03.1977; HessVGRspr. 1977, S. 49 (50), Urt. v. 30.03.1977; HessVGRspr. 1977, S. 57 (58), Urt. v. 27.07.1977; HessVGRspr. 1979, S. 12 (14), Beschl. v. 06.04.1978; ESVGH Bd. 29, S. 175 (176 f.), Beschl. v. 04.05.1979.
 - 3) VGH Bad.-Wü., DVBl. 1965, S. 333 (334), Urt. v. 07.08.1964; ESVGH Bd. 18, S. 31, Urt. v. 14.06.1967; Bd. 20, S. 88 (89), Urt. v. 16.07.1969; ZBR 1972, S. 308 (309), Urt. v. 08.02.1972; Beschl. v. 04.12.1973, IV 1113/73; Urt. v. 22.05.1976, IV 1305/75; ZBR 1977, S. 368 (369), Beschl. v. 09.11.1976.
BayVG München, ZBR 1977, S. 69, Urt. v. 13.10.1976; BayVGH, VGE n.F. Bd. 10, S. 110 (117), Urt. v. 28.10.1957.
OVG Rhld.-Pf., ZBR 1975, S. 117 (118), Urt. v. 04.09.1974. VG Augsburg, DÖV 1978, S. 367, Urt. v. 03.11.1977. VG Regensburg, BayVBl. 1979, S. 314, Urt. v. 31.01.1979. VGH Bad.-Wü., BWVPr. 1980, S. 64, Beschl. v. 30.11.1978.

- (3) Die Beantwortung der Frage, ob Art. 33 Abs. 2 GG ausschließlich den Schutz der Allgemeininteressen bezweckt oder ob die Vorschrift zumindest auch Individualinteressen der einzelnen Bewerber um ein Beförderungsamts schützen will, ist im Wege der verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift nach der oben¹⁾ beschriebenen Methode vorzunehmen.

Wenn Art. 33 Abs. 2 GG die Auslese der Bewerber von der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung abhängig macht und in dem Negativkatalog des Abs. 3 die Gleichbehandlung aller Bewerber postuliert, öffnet das Gesetz die Positionen des Beamtenstandes grundsätzlich allen Bürgern und reduziert zugleich die Vielzahl der möglichen Auswahlkriterien. Die erste grammatikalisch-teleologische Interpretation läßt Art. 33 Abs. 2 GG als einen Grundsatz der Auslese nach subjektiven Voraussetzungen erscheinen, wobei sich die gesetzlichen Auslesemerkmale nicht trennscharf voneinander absetzen lassen.

Die Eignung darf als Oberbegriff angesehen werden²⁾; sie wird als umfassendes Qualifikationsmerkmal verstanden³⁾, als Inbegriff der Eigenschaften, die von

OVG Münster, ZBR 1967, S. 125 (126), Urt. v. 14.01.1966; ZBR 1976, S. 278, Urt. v. 17.03.1976. VG Berlin, ZBR 1976, S. 341 (342), Urt. v. 23.08.1976. VG Hannover, DVBl. 1977, S. 584, Urt. v. 19.05.1976. Vgl. in diesem Zusammenhang auch: BAG, NJW 1976, S. 1708, Urt. v. 31.03.1976; dort stellt das Gericht fest, daß Art. 33 Abs. 2 GG subjektive Rechte des einzelnen enthält.

- 1) s. oben Teil II. Erl. 1 a aa.
2) BVerwGE Bd. 47, S. 330 (336), Urt. v. 06.02.1975.
3) Plog/Wiedow/Beck, § 8 RN. 8; Thieme, Öff. Dienst, S. 60; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 19; BVerwG, DÖV 1975, S. 421 (422), Urt. v. 06.02.1975.

einem Bewerber verlangt werden, damit er körperlich und geistig allgemein den Anforderungen des Amtes gewachsen¹⁾ und auch zur Begleitung dieses Amtes charakterlich²⁾ geeignet ist³⁾. Der Begriff erfaßt also die gesamte Persönlichkeit über rein fachliche Aspekte hinaus. Daraus folgt, daß es sich um ein Qualifikationsmerkmal handelt, bei dem subjektive Beurteilungen und Eindrücke, weniger objektive Prüfungen und Zeugnisse eine entscheidende Rolle spielen⁴⁾.

Während die Eignung die allgemein-menschliche Qualifikation des Bewerbers erfaßt, hebt das Merkmal der Befähigung auf die fachlich-technische Seite ab⁵⁾. Der Bewerber muß über das erlernbare berufliche Können verfügen, das er durch Ableisten der entsprechenden Ausbildung erworben und in einer Prüfung nachgewiesen hat und das ihm die bestmögliche Ausfüllung des zu besetzenden Amtes ermöglicht⁶⁾. Die Befähigung ist folglich nach dem Er-

-
- 1) Vgl. Wiese, Staatsdienst, S. 217; Reinhard, ZBR 1972, S. 1.
 - 2) Der Entwurf des damaligen Art. 15 einer Verfassung enthielt noch das Erfordernis der charakterlichen Eignung (vgl. JöR n.F. Bd. 1, S. 311). Dieser Aspekt fand jedoch in die endgültige Fassung des GG keinen Eingang; er wurde in der 2. Lesung im Hauptausschuß des Parl. Rates wegen seines schlechten Beigeschmackes gestrichen, der dem Begriff aufgrund des Mißbrauchs während der NS-Zeit anhaftete. Auch im BBG fehlt dieses Merkmal.
 - 3) Fürst, GKÖD, I K § 8 RN. 15; BVerwGE Bd. 15, S. 3 (8), Urt. v. 30.08.1962; DÖV 1975, S. 421, Urt. v. 06.02.1975; BVerfGE Bd. 4, S. 294 (297), Beschl. v. 05.10.1955; VGH Kassel, ZBR 1969, S. 174 (176), Urt. v. 13.08.1968; v. Mangoldt/Klein unterscheiden nicht zwischen Eignung und Befähigung, Art. 33 Anm. IV 2 b.
 - 4) Schütz/Ulland, Beamtenrecht, Bd. 2, § 7 BBG RN. 4
 - 5) Wiese, Staatsdienst, S. 222; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 19.
 - 6) Plog/Wiedow/Beck, § 8 RN. 8.

folg der von dem Bewerber absolvierten Ausbildungen, die sich an den konkreten Prüfungsergebnissen messen lassen, zu beurteilen¹⁾, was eine gewisse Objektivierung garantiert.

Das Kriterium der fachlichen Leistung kommt demgegenüber erst zum Zuge, wenn der Beamte bereits in einem Aufgabengebiet gearbeitet hat, dem das angestrebte Amt laufbahnmäßig zugehört²⁾. Es erlangt damit vor allem bei Beförderungen Bedeutung. Durch dieses Merkmal wird zugleich sichergestellt, daß die jeweils aktuellen dienstlichen Leistungen angemessen berücksichtigt werden und sich niemand auf eine Einstellungsbeurteilung auch in Zukunft berufen kann. Dadurch postuliert das Gesetz einen an aktueller Leistung orientierten Leistungsgrundsatz³⁾.

Schließlich verbietet das Gesetz, die Beurteilung der Bewerber anhand der in dem Negativkatalog aufgezählten unzulässigen Gesichtspunkte vorzunehmen, wodurch eine Differenzierung aus unsachlichen Gründen untersagt werden soll.

Dennoch kann die Frage nach dem Zweck des Art. 33 Abs. 2 GG aus dem Wortlaut des Gesetzes heraus nicht ohne weiteres beantwortet werden; der Gesetzgeber hat es nämlich unterlassen, die mit der Kodi-

1) Krüger, Leistungsprinzip, S. 9; Schick, ZBR 1975, S. 2.

2) Schütz, Beamtenrecht, § 7 RN. 6 (Teil II. S. 63); Reinhard, ZBR 1972, S. 1; Plog/Wiedow/Beck, § 8, RN. 8.

3) BVerwGE Bd. 5 S. 39 (43), Beschl. v. 25.04.1957; Bd. 11, S. 139 (141), Urt. v. 29.09.1960; Fürst, GKÖD, I K § 8 RN. 16.

fizierung des Leistungsgrundsatzes¹⁾ verfolgte Absicht in den Gesetzestext aufzunehmen²⁾.

Fraglich ist, ob nicht bereits die Tatsache, daß der in Art. 33 Abs. 2 normierte Leistungsgrundsatz überhaupt in die endgültige Fassung des Grundgesetzes Eingang gefunden hat und in Art. 93 Abs. 1 Ziff. 4 a GG (= § 90 BVerfGG³⁾) bei der Aufzählung der vor dem Bundesverfassungsgericht im Wege der Verfassungsbeschwerde rügefähigen Grundrechte benannt ist, für die Beurteilung der Rechtsnatur der Vorschrift von Bedeutung ist. Der Parlamentarische Rat wäre nämlich bei der Beratung über das Grundgesetz fast der Versuchung erlegen, die verfassungsmäßige Tradition dieses auch in Art. 128 Abs. 1 WRV⁴⁾ enthaltenen beamtenrechtlichen Grundsatzes zu beenden. Der Redaktionsausschuß hatte die von dem Grundsatzausschuß in enger Anlehnung an Art. 128 WRV⁵⁾ ausgearbeitete Bestimmung mit der Begründung zu streichen empfohlen, die "Vorschrift begründe praktisch keinen klagbaren Anspruch".

1) Krüger, Leistungsprinzip, S. 9 ff.; Leisner, Grundlagen des Berufsbeamtentums, S. 60 ff. (Anm. 1)

2) Hierüber vermag auch die offizielle Begründung des Gesetzentwurfes zum BBG (BT-Drucksache I/2846) keinen Aufschluß zu geben. Die amtliche Begründung führt unter Ziff. II (zu § 8) lediglich aus, daß die Vorschrift an Art. 33 Abs. 2 GG anknüpfe. In Ausführung dieser Norm und des Gleichheitsatzes in Art. 3 Abs. 3 GG sei die Auslese nach den genannten Kriterien vorgesehen.

In ähnlicher Weise ist auch der Hess. Landesgesetzgeber für § 8 Abs. 1 Satz 1 HBG verfahren. Vgl. Drucksache Nr. I/940 und II/302, 349 des Hess. Landtages.

3) Gesetz über das Bundesverfassungsgericht - BVerfGG - i.d.F. v. 03.02.1971 (BGBl. I S. 105).

4) Weimarer Reichsverfassung - WRV - v. 11.08.1919 (RGBl. S. 1383).

5) Zur Auslegung von Art. 128 WRV: Anschütz, Die Verfassung, Art. 128 Anm. 2 (S. 585).

Die Fassung des Grundsatzausschusses konnte bei der 2. Lesung im Hauptausschuß durch den Abgeordneten v. Mangoldt nur mit dem Hinweis darauf durchgesetzt werden, daß das Recht auf ein öffentliches Amt "auch in den Grundrechten der Vereinten Nationen von Bedeutung sei"; der Streichungsantrag wurde daraufhin mit 11 gegen 10 Stimmen abgelehnt¹⁾.

Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch im Hinblick auf eine auf Art. 33 Abs. 5 GG gestützte Verfassungsbeschwerde ausgeführt²⁾, daß "die Anführung des Art. 33 in § 90 BVerfGG diesen Artikel nicht in seinem gesamten Umfange" meint, "sondern nur, soweit er in ähnlicher Weise wie die übrigen Artikel des Grundgesetzes, in die er hier eingereiht ist, Individualrechte garantiert". Es komme daher darauf an, ob der Beamte grundrechtsähnliche Individualrechte aus dem "Inhalt der Norm" herleiten könne.

Demnach kann aus dem formalen Gesichtspunkt der Enumeration im Grundgesetz für die Rechtsnatur des Art. 33 Abs. 2 GG nichts geschlossen werden.

Entscheidend für den subjektiv-rechtlichen Charakter des Art. 33 Abs. 2 GG sind folglich der Sinngehalt der Norm und ihre Beziehung zu den übrigen Grundrechten. Zum einen enthält die Vorschrift für den Bereich des öffentlichen Dienstes eine Ausprägung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG³⁾; darüberhinaus trägt die Vor-

1) Vgl. die Darstellung bei Dörmig/Fußlein/Matz, JöR n.F. Bd. 1, S. 310 ff.

2) BVerfGE Bd. 6, S. 445 (448), Beschl. v. 14.05.1957; Bd. 8, S. 1 (11), Beschl. v. 11.06.1958.

3) Jess (Bonner Kom., Art. 33 Anm. I 1), Krüger (Leistungsprinzip, S. 5) und OVG Rhld.-Pf. (DÖV 1956, S. 640, Beschl. v. 13.01.1956) sehen in Art. 33 Abs. 2 GG eine Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Ämterbesetzung.

schrift dem Gebot der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 GG) und dem Benachteiligungs- und Bevorzugungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG Rechnung¹⁾²⁾. Diese gesetzgeberische Intention kam bereits bei der Beratung des Grundgesetzes eindeutig zum Ausdruck³⁾; danach sollte der allgemeine Gleichheitsgrundsatz für den Bereich des öffentlichen Dienstes noch einmal besonders herausgehoben und kodifiziert werden, "da diese Vorschrift für das öffentliche Leben von großem Interesse sei". Der Abgeordnete v.Mangoldt führte wörtlich aus: "Wenn wir diesen Absatz weglassen würden, so würde unser Katalog der Grundrechte unvollständig sein"⁴⁾. Beinhaltet aber Art. 33 Abs. 2 GG (zumindest) eine Ausprägung des Gleichheitsgrundsatzes für den Bereich der Beamtenernennung⁵⁾ im öffent-

-
- 1) VGH Bad.-Würt., NJW 1950, S. 837, Urt. v. 10.03.1950; DVBl. 1968, S. 255 (256), Urt. v. 14.06.1967; Ule, Die Grundrechte, Bd. IV/2, S. 585; Schick, DVBl. 1975, S. 744; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 320; v.Mangoldt/Klein, S. 797.
 - 2) Diese Streitfrage braucht nicht erörtert zu werden; unabhängig von der rechtlichen Beziehung zwischen Art. 33 und Art. 3 GG enthalten beide Vorschriften Differenzierungsgebote bzw. -verbote. Soweit die Normenkomplexe sich nicht überschneiden, sondern gegenseitig ergänzen, ist jedenfalls Art. 3 neben Art. 33 GG anzuwenden (Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 4; BVerwG, DÖV 1975, S. 421 (426), Urt. v. 06.02.1975). Diese Auffassung wird durch die Verschmelzung von Art. 33 Abs. 2 und Abs. 3 und Art. 3 Abs. 3 GG in den verschiedenen beamtenrechtlichen Vorschriften bestätigt.
 - 3) Vgl. den stenograph. Bericht der Verh. des Hauptausschusses in der 44. Sitzung v. 19.01.1949, S. 587.
 - 4) Stenograph. Bericht S. 587.
 - 5) Die Verletzung dieses Grundsatzes bedeutet immer die Verletzung eines subjektiven Rechtes und eröffnet eine Klagemöglichkeit; vgl. Hamann/Lenz, Art. 3 Anm. A 2 m.w.N.

lichen Dienstrecht, ist damit zugleich gesagt, daß die Vorschrift auch ein subjektiv-rechtlich geschütztes Interesse des einzelnen enthält¹⁾.

Diese Auffassung findet ihre Bestätigung aus der verfassungsrechtlichen Zusammenschau von Art. 33 Abs. 2 und Art. 12 GG²⁾:

Im demokratisch-republikanischen Rechtsstaat ist die Beamtenernennung kein Rechtsvorgang mehr, der juristisch ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des Staatsnutzens geschieht und einseitig auf den Staat und seine Interessen ausgerichtet ist. Das Beamtentum ist nicht mehr nur der "Stand", dessen ausschließliche Funktion es ist, dem Staat ohne Rücksicht auf persönliche Belange zu dienen. Die Auffassung, die noch im 19. Jahrhundert vorherrschte und wonach sich das Erwerbs- und Berufsleben in der Gesellschaft einerseits und die Tätigkeit des Staates, verkörpert durch den Monarchen und den dazugehörigen Staats- (Beamten-) apparat andererseits, gegenüberstanden, kann für die parlamentarische Demokratie keine Gültigkeit mehr beanspruchen³⁾. Der Beamte übt vielmehr genau wie jeder

1) Die von Seibert, DVB1. 1959, S. 872, geäußerte Ansicht, der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG sei keine Verletzung eines Grundrechtes des Betroffenen, da dieser keinen Rechtsanspruch auf Beförderung habe, ist in zweifacher Hinsicht falsch. Zum einen verkennt Seibert die Rechtsnatur des Art. 3 Abs. 3; daran, daß diese Vorschrift ein Grundrecht enthält, das im Verletzungsfalle ein Klagerecht begründet, können vernünftigerweise keine Zweifel bestehen. Zum anderen ist es methodisch verfehlt, das Nichtvorliegen einer Grundrechtsverletzung mit einem allgemeinen beamtenrechtlichen Grundsatz, der noch nicht einmal in dem Wortlaut der Beamtengesetze Eingang gefunden hat, begründen zu wollen. Seibert hat auch, soweit ersichtlich, keine Zustimmung erfahren.

2) Schmidt-Namler, Jura 1979, S. 641 (644 ff.).

3) Tietgen, Hundert Jahre, Bd. 2, S. 331 ff., 350 f.

andere Erwerbstätige einen "Beruf" aus. Das Bundesverfassungsgericht hat zuerst im sog. "Apothekenurteil"¹⁾ hervorgehoben, es liege kein Grund vor, Tätigkeiten, die dem Staat vorbehalten seien, nicht als Beruf im Sinne des Art. 12 GG anzusehen; Auch Berufe, die Tätigkeiten zum Inhalt haben, welche nach der heutigen Vorstellung von der organisierten Gesellschaft in erster Linie dem Staat vorbehalten bleiben müssen, sind in Art. 12 GG in dem Sinne gemeint, daß auch sie vom einzelnen frei gewählt werden können und daß keinem ihre Wahl aufgezwungen oder verboten werden darf. Es liegt kein Grund vor anzunehmen, daß Art. 12 GG seinem Wesen nach nicht für solche Berufe gelte.

Das Gericht stellt allerdings im weiteren klar, daß damit nicht gesagt werden soll, die so verstandene Berufsfreiheit im öffentlichen Dienstrecht stelle sich wie die Gewerbefreiheit dar; es ergebe sich vielmehr aus der Natur der Sache, der Zahl der Arbeitsplätze und der Organisationsgewalt, daß hier nicht jeder Berufswunsch erfüllt werden könne. Das hiernach mögliche Maß an Freiheit der Berufswahl für den einzelnen werde durch den gleichen Zugang aller zu allen öffentlichen Ämtern bei gleicher Eignung gewährleistet²⁾.

Damit verbürgt das in Art. 33 Abs. 2 GG enthaltene Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern nicht nur den speziellen Gleichheitssatz für den öffentlichen Dienst, sondern es konkretisiert auch

1) BVerfGE Bd. 7, S. 377 (397 ff.), Urt. v. 11.06.1958; bestätigt mit Beschl. v. 05.05.1964, Bd. 17, S. 371 (377) und Beschl. v. 22.05.1975, Bd. 39, S. 334 (369).

2) Zur Kritik an dieser Rechtsprechung vgl.: Leisner, AöR Bd. 93 (1968), S. 162 (179); Rupp, NJW 1965, S. 993 (996).

das Grundrecht der Berufsfreiheit¹⁾²⁾, zwar auf elementare Weise eingeschränkt, aber doch auch in einem wichtigen Teilbereich garantiert, soweit die Möglichkeit, im öffentlichen Dienst tätig zu sein, besteht³⁾.

Begreift man aber Art. 33 Abs. 2 GG auch als *lex specialis* zu Art. 12 GG und die Beamtentätigkeit als Beruf, der dem einzelnen Beamten die Möglichkeit der Schaffung und Erhaltung seiner gesamten Lebensgrundlage eröffnet, bezweckt das Gebot des an Art. 3 und 12 GG ausgerichteten Leistungsgrundsatzes, die Bewerber um ein öffentliches Amt nach Maßgabe der Vorschrift gleich zu behandeln, auch den Schutz der privaten Interessen des einzelnen Bewerbers; diesem soll die Möglichkeit des beruflichen Aufstieges im Rahmen der bestehenden Verhältnisse nicht aus Erwägungen, die unter Außerachtlassung der in Art. 33 Abs. 2 GG vorgesehenen Auslesegrundsätze getroffen worden sind, verschlossen werden. Dieser Schutzzweck der Norm dient aber eindeutig auch den berechtigten Interessen des einzelnen.

Diese Ansicht wird gestützt durch das Personalver-

-
- 1) Tietgen, Hundert Jahre, Bd. 2, S. 350 ff.; ders., DVBl. 1963, S. 513; Schick, DVBl. 1975, S. 744 f.; Günther, ZER 1979, S. 100; v. Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 109; Battis, JZ 1972, S. 384 (387); Jung, Zugang, S. 157 ff.; Schmitt-Kammner, Jura 1979, S. 644 ff.
 - 2) Art. 3 und Art. 12 GG hängen eng miteinander zusammen; auch Art. 12 GG enthält Elemente der Chancengleichheit.
 - 3) Vgl. zum Problemkreis Grundrechte = Teilhaberechte? - aufgezeigt an Art. 12 GG; BVerfGE Bd. 33, S. 303 (330 ff.), Urt. v. 18.07.1972; ausführliche Besprechung hierzu von v. Mutius, VerwArch. Bd. 64 (1973), S. 183 ff.

tretungsrecht. Die §§ 76, 77 Abs. 2 Bundespersonalvertretungsgesetz¹⁾ räumen dem Personalrat die Befugnis ein, Einwendungen gegen eine Einstellung zu erheben, sofern der Verdacht besteht, daß andere Bewerber aus unsachlichen Gründen benachteiligt oder bevorzugt werden sollen. Bereits aus der engen Anlehnung an die Kriterien des Art. 3 Abs. 3 GG folgt, daß durch das Gebot einer sachgerechten Personalauslese individuelle Rechte der Bewerber geschützt werden sollen, zumal der Personalrat als Vertretungsinstitution des einzelnen Beamten gegenüber dem Dienstherrn sein Mitbestimmungsrecht nicht nur im Kollektiv-, sondern auch im Individualinteresse des einzelnen Beamten ausübt²⁾.

Daß der Leistungsgrundsatz darüberhinaus, möglicherweise sogar in erster Linie, auch dem Interesse an einer sachkundigen und leistungsfähigen Verwaltung dienen will, vermag den subjektiv-rechtlichen Charakter des Art. 33 Abs. 2 GG nicht mehr zu ändern³⁾⁴⁾.

1) BPersVG v. 15.03.1974 (BGBl. I S. 693). Nach dem BPersVG v. 05.08.1955 (BGBl. I S. 473) lauten die entsprechenden Vorschriften §§ 70, 71 Abs. 2.

2) So Tietgen, Hundert Jahre, S. 351 f.; ders., DVBl. 1963, S. 515; Dietz/Richardi, BPersVG, § 76 RN. 32; Eyermann/Fröhler, § 42 RN. 96.

3) BVerwGE Bd. 19, S. 252 (255), Urt. v. 17.09.1964; VGH Kassel, HessVGRspr. 1974, S. 28, Urt. v. 13.06.1973, unter Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung; Fürst, GKÖD, I K § 8 RN. 3; Isensee, Festgabe BVerwG, S. 337 (350).

4) Die gegen diese Auffassung von Isensee (Festgabe BVerwG, S. 355 f.) erhobenen Bedenken greifen indes nicht durch, wie Schmitt-Kammler (DÖV 1980, S. 287 f.) überzeugend nachgewiesen hat. Gewährt Art. 33 Abs. 2 GG dem einzelnen Beamten ein subjektiv-rechtlich geschütztes Interesse auf "gleichen Zugang", kann für die an dem Verfassungsgrundsatz ausgerichteten Beamtengesetze nichts anderes gelten: Die verfassungsmäßige Wertentscheidung prägt Inhalt und Rechtsnatur der einfachgesetzlichen Norm!

b. Zwischenergebnis:

Mithin ist mit der heute herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung davon auszugehen, daß Art. 33 Abs. 2 GG ein subjektiv-rechtlich geschütztes Interesse des einzelnen Beamten enthält. Die Vorschrift ist daher geeignet, die Klagebefugnis der Konkurrentenklage des unterlegenen Bewerbers zu begründen.

2. Das Rechtsschutzbedürfnis der negativen Konkurrentenklage

- a. Es fragt sich nunmehr, ob das so beschriebene subjektiv-rechtlich geschützte Interesse aus Art. 33 Abs. 2 GG auch in der spezifischen beamtenrechtlichen Konkurrenzsituation noch durchsetzbar ist oder ob die Klagemöglichkeit des übergangenen Bewerbers durch die Tatsache, daß der Konkurrent inzwischen befördert worden ist, beseitigt wird.

Die herrschende Lehre¹⁾ verneint nach vollzogener Ernennung des Konkurrenten die Zulässigkeit der

1) Vgl. Fürst, GKÖD, I K § 8 RN. 30; v. Münch, GG, Bd. 2, Art. 33 RN. 25; ders., Bes. Verw. Recht, S. 28; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 17; Schick, ZBR 1967, S. 297 (300); Isensee, Festgabe BVerwG, S. 337 (354); Günther, ZBR 1979, S. 93 (108 f.); Fischbach, § 23 BBG Anm. IV; VGH Bad.-Wu., ESVGH Bd. 18, S. 31 (37), Urt. v. 13.06.1967; VGH Kassel, ESVGH Bd. 29, S. 175 (178), Beschl. v. 09.05.1979.

negativen Konkurrentenklage und verweist den rechtswidrig übergangenen Bewerber auf Schadensersatzansprüche wegen Amts- oder Fürsorgepflichtverletzung; gelegentlich wird auch ein Folgenbeseitigungsanspruch erörtert¹⁾, der auf Ernennung auf die nächste freiwerdende Planstelle der dem Kläger zustehenden Besoldungsgruppe gerichtet sein soll²⁾³⁾.

Die herrschende Meinung beruft sich für diese Rechtsschutzverweigerung einmal darauf, die Ernennung des Konkurrenten bewirke die "Gegenstandslosigkeit des Klagebegehrens"⁴⁾ und führe daher zur "Erledigung in der Hauptsache"⁵⁾; darüberhinaus gebiete der "Grundsatz der Rechtsbeständigkeit" einmal erfolgter Ernennungen ihre Unanfechtbarkeit im Verwaltungsprozeß⁶⁾.

-
- 1) So Ule, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 585; OVG Lüneburg, DVBl. 1967, S. 206, Urt. v. 02.02.1965; VGH Kassel, ESVGH Bd. 29, S. 178, Beschl. v. 09.05.1979.
 - 2) Vgl. eingehend dazu: Unten Teil III., Erl. 6.
 - 3) Vor Vollzug der Ernennung will ein Teil der h. M. der drohenden rechtswidrigen Ernennung des Konkurrenten mit einer "vorbeugenden Unterlassungsklage" begegnen (v. Münch, Bes. VerwRecht, S. 27). Abgelehnt wird diese Möglichkeit von Tietgen (Hundert Jahre, S. 348) und Isensee (Festgabe BVerwG, S. 356). Der Anspruch auf Aufhebung des Ernennungsverfahrens soll mit einer einstweiligen Anordnung gesichert werden können (Günther, ZHR 1979, S. 111; VGH Kassel, ESVGH Bd. 29, S. 175, Beschl. v. 09.05.1979). Bisweilen wird auch die Möglichkeit einer Feststellungsklage bejaht (Wolff/Bachof, VerwRecht, Bd. 2, § 111 I a).
 - 4) Fürst, GKÖD, I K § 8 RN. 30; v. Münch, GG, Bd. 2, Art. 33 RN. 25, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 17; Schick, ZBR 1967, S. 300; Tietgen, Hundert Jahre, S. 343.
 - 5) Isensee, Festgabe BVerwG, S. 354; VGH Bad.-Würt., ESVGH Bd. 18, S. 31 (37), Urt. v. 23.06.1967.
 - 6) OVG Lüneburg, VerwRspr. Bd. 27, S. 550 (Nr. 127), Urt. v. 25.03.1975; Heise, ZBR 1969, S. 167.

Im Vordergrund der Argumentation steht hier der Aspekt der "Stabilität der staatlichen Ämterorganisation"¹⁾ sowie der Grundsatz der Rechtssicherheit²⁾; dieser verlange, daß sich sowohl die Öffentlichkeit auf die Beamteneigenschaft des Amtwalters verlassen können³⁾ als auch das Vertrauen des Ernannten auf die Rechtsbeständigkeit seiner Ernennung geschützt werden müsse⁴⁾. Das geltende Recht trage diesem Grundsatz in der Weise Rechnung, daß es die Voraussetzungen für eine Rücknahme der Ernennung in den §§ 11 ff. BBG erschöpfend und abschließend geregelt habe und damit eine Aufhebung der Ernennung, die nicht unter die Voraussetzungen der §§ 11 ff. BBG falle, untersage⁵⁾.

- b. Der systematische Standort dieser Einwände innerhalb der prozessualen Zulässigkeitsprüfung ist indes nicht hinreichend klar formuliert: Gegen ihre Einordnung in die Klagebefugnis⁶⁾ spricht, daß es hier nicht mehr darum geht, die Möglichkeit einer Rechtsverletzung beim Kläger festzustellen; dies ist bereits im vorhergehenden Abschnitt abschließend geschehen. Hier geht es vielmehr um die Frage, ob "andere Gründe" eine Rechtsverfolgung durch den Kläger hindern und es dem mit der Sache befaßten

1) Heise, ZBR 1969, S.-167; Günther, ZBR 1979, S. 109; VGH Bad.-Würt., ESVGH Bd. 18, S. 31 (37), Urt. v. 23.06.1967.

2) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 17; Isensee, Festgabe BVerwG, S. 355.

3) Schick, ZBR 1967, S. 300.

4) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 17.

5) Tietgen, Hundert Jahre, S. 342; Günther, ZBR 1979, S. 108 m.w.N.; OVG Rhld.-Pf., ZBR 1975, S. 118, Urt. v. 04.09.1974.

6) So aber: V. Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 103 (109).

Gericht untersagen, in eine sachliche Prüfung einzutreten¹⁾. Das ist aber eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses²⁾.

- c. Der gegen die Zulässigkeit der negativen Konkurrentenklage erhobene Einwand, "mit der anderweitigen Besetzung der in Frage stehenden Amtsstelle sei die Bewerbung des Klägers gegenstandslos geworden"³⁾, es habe sich durch den Abschluß des Ernennungsverfahrens "erledigt"⁴⁾, ist rechtlich nicht haltbar. Von einer Erledigung des Verfahrens in der Hauptsache kann hier nämlich nicht gesprochen werden:

Eine Erledigung ist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO dann anzunehmen, wenn die mit dem Verwaltungsakt verbundene rechtliche Beschwer nachträglich, d. h. nachdem der angefochtene Verwaltungsakt ergangen ist, tatsächlich weggefallen ist⁵⁾⁶⁾. Daran fehlt

-
- 1) So zutreffend Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 287.
- 2) Das Verhältnis von Rechtsschutzbedürfnis zur Klagebefugnis ist dogmatisch umstritten. Schon terminologisch besteht keine Übereinstimmung, vgl. Redeker/v.Oertzen, § 42 RN. 14; Eyermann/Fröhler, § 42 RN. 87. Dieser Streit bedarf indes hier keiner Entscheidung, da es sich bei der durch die Unmöglichkeit der Aufhebung der Ernennung bedingte fehlende Klagbarkeit des Anspruchs jedenfalls um ein Zulässigkeitsproblem handelt (Baumbach/Lauterbach, ZPO, § 253 Grdz. Anm. 3 F und 4).
- 3) Tietgen, Hundert Jahre, S. 342.
- 4) So VGH Bad.-Würt., ESVGH Bd. 18, S. 31 (37), Urt. v. 13.06.1967.
- 5) Kopp, VwGO, § 113 RN. 51; Eyermann/Fröhler, § 113 RN. 39; Redeker/v.Oertzen, § 113 RN. 17; Schenke, Jura 1980, S. 133 (134 f.); BayVGH, BayVBl. 1977, S. 767 (768), Urt. v. 11.05.1977.
- 6) Die Vollziehung eines Verwaltungsaktes kann nur dann zu einem Wegfall der Beschwer und damit zur Erledigung der Hauptsache führen, wenn eine Rückgängigmachung der Vollziehung nicht mehr in Betracht kommt, sei es, daß dies aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen unmöglich ist (Kopp, VwGO, § 113 RN. 51).

es hier; durch die Ernennung des Konkurrenten ist die Beschwer des Klägers gerade nicht entfallen, sondern dadurch überhaupt erst vollständig realisiert worden; die durch Art. 33 Abs. 2 GG geschützte Rechtsposition des Klägers wird durch die rechtswidrige Ernennung des Konkurrenten definitiv und nachhaltig verletzt¹⁾²⁾³⁾.

- d. Die entscheidende Frage ist damit, ob die Ernennung des Konkurrenten tatsächlich "rechtsbeständig" und gegen ihre Aufhebung im verwaltungsgerichtlichen Urteilsverfahren gefeit ist. Die Unaufhebbarkeit der Ernennung würde ein auf ihre Beseitigung gerichtetes Anfechtungsbegehren unzulässig machen, da diesem Antrag das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis fehlen würde; es bestünde nämlich kein Bedürfnis,

-
- 1) OVG Rhld.-Pf., ZBR 1975, S. 117 (118), Urt. v. 04.09.1974; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 287.
- 2) Zum Schutz dieser Rechtsposition vor der Ernennung des Konkurrenten billigt die h. M. dem Bewerber "vorläufigen und vorbeugenden" Rechtsschutz zur Verhinderung der drohenden rechtswidrigen Ernennung zu (vgl. VGH Bad.-Würt., DVBl. 1968, S. 255 (256), Urt. v. 14.06.1967; ZBR 1977, S. 369, Beschl. v. 09.11.1977; VG Berlin, ZBR 1974, S. 391, Urt. v. 05.06.1974; v. Münch, Bes. VerwRecht, S. 27; Jung, Zugang, S. 190; Wolff/Bachof, VerwRecht, Bd. 2, § 111 I a; Schick, DVBl. 1975, S. 746). Es ist aber nicht einsehbar, warum eine im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes anerkannte Rechtsposition des Klägers durch Mißachtung gerade dieser Rechtsposition durch eine rechtswidrige Ernennung nicht mehr schutzwürdig sein soll.
- 3) Die Behauptung, die Beförderung des Konkurrenten stelle die endgültige und unabänderliche Vollziehung eines Verwaltungsaktes dar, da sie rechtsbeständig sei und zur Erledigung in der Hauptsache führe, geht fehl. Selbst wenn die Ernennung rechtsbeständig sein sollte (dazu Erl. d.), würde dies nicht zur Erledigung führen, sondern das Rechtsschutzbedürfnis der Klage entfallen lassen, da diese Klage solchenfalls auf einen rechtlich unmöglichen Erfolg gerichtet wäre.

im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Urteilsverfahrens die sachlichen Voraussetzungen des § 113 VwGO zu prüfen, wenn von vorneherein feststünde, daß die beabsichtigte Aufhebung des Verwaltungsaktes rechtlich unmöglich ist¹⁾.

Die Rechtsbeständigkeit der Ernennung wird von der herrschenden Meinung²⁾ insbesondere mit dem Hinweis auf die Regelung in den beamtenrechtlichen Sondervorschriften³⁾ der §§ 11 ff. BBG, die Ausfluß eines allgemeinen Verfassungsprinzips⁴⁾ seien, begründet; danach seien die Nichtigkeits- bzw. Rücknahmegründe in den Beamtengesetzen enumerativ und erschöpfend aufgezählt; ein Verstoß gegen den in § 8 Abs. 1 Satz 2 BBG normierten Leistungsgrundsatz gehöre aber nicht dazu⁵⁾, so daß dessen Verletzung über die §§ 11 ff. BBG keinen Einfluß auf den Bestand der Ernennung haben könne⁶⁾.

-
- 1) So v. Mutius, VerwArch, Bd. 69 (1978), S. 103 (109); Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 288; obiter dictum auch OVG Rhld.-Pf., ZBR 1975, S. 117 (118), Urt. v. 04.09.1974, ohne allerdings auf die Problematik näher einzugehen.
 - 2) Isensee, Festgabe BVerwG, S. 354; Günther, ZBR 1979, S. 108 ff. m.w.N.
 - 3) Diese sollen den allgemeinen Regeln über die Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten vorgehen; das sind die §§ 48, 50 VwVfG, da es sich hier um einen begünstigenden Verwaltungsakt mit Doppelwirkung handelt, vgl. Kopp, VwVfG, § 48 Anm. 8, § 50 Anm. 2.
 - 4) Fürst, GKÖD, I K vor § 28 RN. 1.
 - 5) der ja (auch) subjektiv-rechtlich geschützte Interessen des einzelnen Bewerbers schützt!
 - 6) Tietgen, Hundert Jahre, S. 342.

aa. Dem wird entgegengehalten¹⁾, aus den Regelungen in §§ 11, 12 BGG ergebe sich nichts für die Kassationsbefugnis der Verwaltungsgerichte in bezug auf beamtenrechtliche Ernennungen; diese richte sich ausschließlich nach dem Verwaltungsprozeßrecht (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO), das von den materiellrechtlichen auf einer "anderen Ebene" liegenden Rücknahmeregeln der §§ 11, 12 BGG zu trennen sei.

Indes vermag dieser Einwand nicht zu überzeugen; auch die Verwaltungsgerichte unterliegen bei der Aufhebung von Verwaltungsakten der Bindung an das materielle Recht²⁾. Wenn aber das materielle Beamtenrecht von einer Rechtsbeständigkeit der Ernennung ausgehen sollte (was im weiteren noch zu prüfen ist), kann ein Verwaltungsgericht diese Rechtsbeständigkeit nicht ignorieren und den Verwaltungsakt gleichwohl aufheben. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO räumt nämlich den Verwaltungsgerichten keine eigenständige, von den Regeln des materiellen Rechts unabhängige Kassationsbefugnis ein, sondern regelt nur, was mit einem zulässigerweise angefochtenen und wegen Verstoßes gegen materielles Recht rechtswidrigen, klägerische Rechte verletzenden Verwaltungsakt zu geschehen hat³⁾. Eine aus materiellrecht-

1) So insbes.: Solte, ZBR 1972, S. 113; NJW 1980, S. 1027 (1032); v. Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 110; VG Hannover, DVBl. 1977, S. 584, Urt. v. 19.05.1976.

2) Ebenso: Günther, ZBR 1979, S. 109; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 288.

3) Zur Unterscheidung der Rücknahme von fehlerhaften Verwaltungsakten zur gerichtlichen Aufhebung, insbesondere bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung vgl.: Ossenbühl, Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, S. 126 ff.; Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, S. 181 ff. Der Versuch einer Verbindung beider Rechtskreise mit dem Ziel der Interessenabwägung hat keine Anerkennung gefunden (Bender, NJW 1966, S. 1996).

lichen Gründen erwachsende Rechtsbeständigkeit (und damit Unanfechtbarkeit) eines Verwaltungsaktes würde daher seine prozessuale Anfechtbarkeit hindern und dem Verfahrensrecht Grenzen setzen.

bb. Auch das Argument¹⁾, Normadressat der §§ 11, 12 BBG sei ausschließlich die Verwaltung, der Gesetzgeber habe bereits durch seine Ausdrucksweise ("Rücknahme") zum Ausdruck gebracht, daß hier der *actus contrarius* zur Ernennung, d. h. zu einer Amtshandlung der Verwaltung gemeint sei²⁾, nicht aber die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts durch das Verwaltungsgericht, hilft nicht weiter³⁾. Dadurch wird das Fundament der herrschenden Lehre, die §§ 11, 12 BBG enthielten einen allgemeinen, aus der Verfassung abgeleiteten Grundsatz der Rechtsbeständigkeit der Ernennung, nicht erschüttert.

cc. Die Lehre von der Rechtsbeständigkeit der Ernennung ist indes nur haltbar, wenn die §§ 11, 12 BBG Ausdruck eines Verfassungsprinzips sind, also ihrerseits Verfassungsrang besitzen. Dies ist erforderlich⁴⁾, weil eine Ernennung, die unter Außeracht-

1) Erstmals bei Solte, ZBR 1972, S. 113; ders., NJW 1980, S. 1032; ebenso: Schick, DVBl. 1975, S. 741 (746); Jung, Zugang, S. 180 f.; v.Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 110.

2) So v.Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 110.

3) Des ungeachtet bestehen bereits erhebliche Schwierigkeiten, die §§ 11, 12 BBG derart restriktiv auszulegen. Günther (ZBR 1979, S. 109) weist auch auf die Möglichkeit hin, die §§ 11, 12 BBG als Sonderregelungen gegenüber den im VwVfG kodifizierten Prinzipien der allgemeinen Rücknahmemöglichkeiten aufzufassen (§§ 48 ff. VwVfG), mit der Folge, daß § 50 VwVfG nicht zur Anwendung gelangen kann. Dagegen: Knack, a.a.O. § 50 RN. 5.

4) Solte, NJW 1980, S. 1033; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 288; a.A. Günther, ZBR 1979, S. 110, allerdings ohne nähere Begründung.

lassung der Zugangsgrundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG erfolgt, jedenfalls unter Verstoß gegen eine Verfassungsnorm zustande kommt. Es kann dem einfachen Gesetzgeber aber nicht ohne weiteres gestattet sein, derartige Verfassungsverstöße durch einfaches Gesetz zu legalisieren¹⁾.

In den §§ 11, 12 BBG könnte der hergebrachte Grundsatz des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG), die Rechtsstellung des Beamten kann nur in den gesetzlich geregelten Fällen und bestimmten Formen verändert werden (§ 59 BRRG)²⁾, seinen Niederschlag gefunden haben. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß dieser Grundsatz nur in dem konkreten Rechtsverhältnis des einzelnen Beamten zu seinem Dienstherrn Geltung beanspruchen kann; der gesetzlich nicht geregelte Fall einer wirksamen Drittanfechtung wird davon nicht erfaßt³⁾.

Die betreffenden Vorschriften des Bundesbeamtengesetzes können jedoch Ausdruck des Verfassungsprinzips der Rechtssicherheit sein⁴⁾, das in der abschließenden Regelung der Rücknahmegründe seine Kodifizierung erfahren hat.

1) Vgl. Art. 19 Abs. 1 und 2 GG.

2) Fürst, GÖKD, I K vor § 28 BBG RN. 1; Ähnlich Schütz, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, § 1 LBGNW RN. 5 (S. 5).

3) Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 288.

4) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 17; Schick, ZBR 1967, S. 297 (300); Heise, ZBR 1969, S. 165 (167); Isensee, Festgabe BVerwG, S. 354 f; Schmitt-Kammler (DÖV 1980, S. 288) bezweifelt, ob Normen schon deshalb Verfassungsrang zukommen kann, weil sie der Realisierung eines verfassungsrechtlichen Prinzips dienen sollen.

Das Rechtsstaatsprinzip kennt als wesentlichen Bestandteil den Grundsatz der Rechtssicherheit¹⁾. Dieser verlangt nicht nur den geregelten Ablauf des Rechtsfindungsverfahrens, sondern auch einen Abschluß, dessen Rechtsbeständigkeit gesichert ist. Wegen seines allgemeinen Inhalts bedarf der Grundsatz der Rechtssicherheit der Konkretisierung durch den Gesetzgeber. Im Bereich des Rechts der Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte hat der Gesetzgeber in den §§ 48 ff. VwVfG eine allgemeine Wertung und Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einem rechtmäßigen Verwaltungshandeln und der Forderung nach Vertrauensschutz für den Begünstigten getroffen. Begreift man nun die §§ 11, 12 BBG als Sonderregelungen gegenüber den im Verwaltungsverfahrensgesetz kodifizierten Prinzipien des allgemeinen Rücknahmerechts (§ 1 Abs. 1 2. Alt. VwVfG), ist es möglich, die §§ 11, 12 BBG als Ausprägung des allgemeinen, unmittelbar in der Verfassung begründeten und mit Verfassungsrang ausgestatteten Grundsatzes der Rechtssicherheit zu sehen mit der Folge der Rechtsbeständigkeit einmal erfolgter Ernennungen.

dd. Eine derartige Auslegung des materiellen Beamtenrechts, die dem durch eine rechtswidrige Ernennung in seinem Grundrecht aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzten Bewerber den Rechtsschutz verweigert, steht aber in offensichtlichem Widerspruch zu der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und dem Gebot

1) Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 651; BVerfGE Bd. 2, S. 380 (403), Urt. v. 01.07.1953; Bd. 15, S. 313 (319), Beschl. v. 14.03.1963.

der materiellen Gerechtigkeit¹⁾²⁾. Dieses Ver-
fahrensgrundrecht garantiert einen effektiven und
lückenlosen Rechtsschutz³⁾, und zwar auch dann,
wenn das einfache Recht keine Klagemöglichkeit
vorsieht⁴⁾. Das bedeutet, die nachteilige Maßnahme
öffentlicher Gewalt selbst ist anfechtbar, die
Möglichkeit, Schadensersatzansprüche prozessual
verfolgen zu können, reicht nicht aus⁵⁾. Effektiv
ist der Rechtsschutz zudem nur, wenn die Exekutive
nicht ohne gerichtliche Kontrolle vollendete Tat-
sachen zu schaffen vermag⁶⁾.

Dieses so beschriebene Grundrecht auf gerichtlichen
Rechtsschutz gegen Rechtsverletzungen durch die
öffentliche Gewalt gilt auch im Beamtenrecht⁷⁾
und eröffnet im Zusammenspiel mit § 40 Abs. 1 VwGO
und § 126 BRRG den Rechtsweg zu den Verwaltungs-
gerichten⁸⁾.

Fraglich kann daher nur sein, ob es im Fall der An-

-
- 1) Tietgen, Hundert Jahre, S. 344; RUFNER, DÖV
1962, S. 801; Jung, Zugang, S. 177; Solte, ZBR
1972, S. 113 f.; Schick, DVBl. 1975, S. 746;
VG Hannover, DVBl. 1977, S. 584, Urt. v. 19.05.
1976.
 - 2) BVerfGE Bd. 2, S. 380 (403), Urt. v. 01.07.1953;
Bd. 13, S. 261 (271), Urt. v. 19.12.1961.
 - 3) BVerfGE Bd. 27, S. 297 (308), Beschl. v. 17.12.
1969.
 - 4) BVerfGE Bd. 35, S. 263 (274), Beschl. v. 19.06.
1973.
 - 5) BVerfGE Bd. 35, S. 263 (275), Beschl. v. 19.06.
1973.
 - 6) BVerfGE Bd. 35, S. 382 (401 f.), Beschl. v.
18.07.1973.
 - 7) Ule, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 537, 640.
 - 8) Bartlsperger, VerwArch. Bd. 60 (1969), S. 35
(49); Henke, Das subjektiv-öffentliche Recht,
S. 26 ff., 54, 57, 60; Schick, DVBl. 1975,
S. 746; VG Berlin, DVBl. 1975, S. 268 (272),
Urt. v. 15.05.1974.

fechtung der Ernennung des Konkurrenten dem Gesetzgeber ausnahmsweise gestattet ist, dem übergangenen Bewerber den verfassungsrechtlich an sich zustehenden umfassenden Rechtsschutz zu verweigern und ihn auf justizielle Ersatzmöglichkeiten (Schadensersatz in Geld) zu verweisen.

Denkbar wäre es, im vorliegenden Fall in entsprechender Anwendung der Grundsätze des § 79 Abs. 2 BVerfGG¹⁾ zum Schutz eines in der Verfassung begründeten allgemeinen Rechtsgutes (dem Interesse der Verwaltung an der Funktionstüchtigkeit der Verwaltungsorganisation) die gerichtliche Kontrollmöglichkeit des einzelnen Bewerbers zu beschneiden²⁾.

Bedenken bestehen jedoch bereits gegen die Übertragbarkeit der dem § 79 Abs. 2 BVerfGG zugrunde liegenden Überlegungen auf den vorliegenden Fall. Bei § 79 BVerfGG handelt es sich nämlich um bereits unanfechtbar gewordene Entscheidungen, die zudem wenigstens anfänglich mit dem Gesetz in Einklang standen; hier aber geht es um die Aufrechterhaltung von Akten, die bereits von Anfang an mit einem Verfassungsgrundsatz, dem beamtenrechtlichen Leistungsprinzip, kollidieren³⁾.

-
- 1) Das BVerfG hat es dort gebilligt, daß der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden teilweise Vorrang vor dem Individualrechtsschutz eingeräumt wurde. BVerfGE Bd. 2, S. 380 (404), Urt. v. 01.07.1953; Bd. 11, S. 263 (265), Beschl. v. 07.07.1960; Bd. 20, S. 230 (235), Beschl. v. 11.10.1966.
 - 2) So Günther, ZBR 1979, S. 109 ff.
 - 3) Daher sind Schick (DVBl. 1975, S. 746) und Bartlsperger (VerwArch. Bd. 60 (1969), S. 35 (51)) uneingeschränkt für den Vorrang des Art. 19 Abs. 4 GG. Ebenso: Finkelburg, Referat auf dem 6. Deutschen Verwaltungsrichtertag am 09.05.1980 in Kassel, Bericht in: DÖV 1980, S. 441 f.

Aber selbst wenn man eine Übertragung des dem § 79 BVerfGG innewohnenden Abwährungsergebnisses auf die beamtenrechtliche Konkurrenzsituation für möglich erachtet, sind besonders gewichtige Gründe, die eine Einschränkung des grundgesetzlich garantierten Individualrechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG rechtfertigen könnten, nicht ersichtlich: Weder besteht ein öffentliches Interesse an der Rechtsbeständigkeit der Ernennung (dazu unten (1)) noch gebieten die Interessen des genannten Mitbewerbers die Aufrechterhaltung eines verfassungswidrigen Zustandes (dazu unten ())¹⁾.

- (1) Ein öffentliches Interesse an der Rechtsbeständigkeit der Ernennung läßt sich nicht aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes des Bürgers begründen²⁾.

Zum einen muß bereits der rechtliche Ansatzpunkt bezweifelt werden: Das Prinzip des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit für den Bürger kann bei einem Widerstreit mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG des übergangenen Beamten keinen Vorrang beanspruchen³⁾; für die Legitimation des Verwaltungshandelns aus der Sicht des betroffenen Bürgers ist es unerheblich, ob der Beamte, der den Bescheid erlassen hat, damit rechnen muß, daß seine Beförderung auf die Kon-

1) Vgl. Solte, NJW 1980, S. 1033; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 289.

2) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 17; Schick, ZHR 1967, S. 297 (300); Isensee, Festgabe BVerwG, S. 355.

3) Bartlsperger, VerwArch. Bd. 60 (1969), S. 35 (51); Schick, DVBl. 1975, S. 741 (746); Ule, Beamtenrecht, § 8 BRRG RN. 1; Wiese, Staatsdienst, S. 258; Jung, Zugang, S. 178.

kurrentenklage hin vom Verwaltungsgericht aufgehoben wird¹⁾. Auch leidet nach einer erfolgten verwaltungsgerichtlichen Aufhebung der Beförderung des Konkurrenten die Rechtssicherheit nicht mehr als in den im Bundesbeamtengesetz vorgesehenen Nichtigkeits- und Rücknahmefällen (§§ 11, 12 BBG). Hier wie dort stellt sich die Frage, was aus den Rechtshandlungen des Beamten wird, dessen Ernennung mit ex-tunc-Wirkung aufgehoben wird. Das Beamtenrecht selbst hat eine Lösung vorgesehen, die sich ohne weiteres auf den Fall der verwaltungsgerichtlichen Aufhebung der Beförderung entsprechend übertragen läßt: Gemäß § 14 Abs. 1 BBG behalten die Amtshandlungen des rechtswidrig Ernannten ihre Gültigkeit.

Auch die Verwaltung hat kein von der Verfassung geschütztes öffentliches Interesse daran, die beamtenrechtliche Statusveränderung ausschließlich unter den Voraussetzungen der §§ 11, 12 BBG selbst vornehmen zu können²⁾. Der durch den Suspensiv-effekt³⁾ des Anfechtungsbegehrens der Konkurrentenklage bedingte Schwebezustand bezüglich der Ernennung beeinträchtigt das Erfordernis der Stabilität der staatlichen Ämterverteilung nicht in unzumutbarer Weise⁴⁾⁵⁾.

-
- 1) Günther, ZBR 1979, S. 109; VG Hannover, DVBl. 1977, S. 584, Urt. v. 19.05.1976; Jung, Zugang, S. 179; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 289.
 - 2) So aber: Günther, ZBR 1979, S. 109.
 - 3) Über den Eintritt der aufschiebenden Wirkung bei Drittinteressenklagen: Redeker/v.Oertzen, § 80 RN. 10; Schick, DVBl. 1975, S. 747.
 - 4) Ebenso: Solte, NJW 1980, S. 1034; v.Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978) S. 111; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 289 m.w.N.
 - 5) Die Probleme, die die Eröffnung des Individualrechtsschutzes gegenüber Ernennungen mit sich bringt, hat Solte (NJW 1980, S. 1034 l.Sp.) aufgezeigt.

Der bewirkte Schwebezustand, aufgrund dessen der ernannte Beamte zunächst so zu behandeln ist, als sei seine Ernennung nicht erfolgt, kann schon durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO überwunden werden¹⁾. Das besondere öffentliche Interesse am sofortigen Vollzug folgt dabei einmal aus der Notwendigkeit, die mit dem Dienstposten verbundenen Aufgaben durch einen Beamten wahrnehmen zu lassen, zum anderen aus dem Interesse des Dienstherrn, daß ihm die Arbeitskraft des Beamten zur Verfügung steht. Insoweit sind auch Rechtseinbußen des Klägers nicht zu besorgen (so daß regelmäßig auch kein Raum sein wird für eine gerichtliche Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO); durch die vorläufige Einnahme des strittigen Dienstpostens durch den Konkurrenten erwächst dem Kläger kein Nachteil.

Darüberhinaus relativiert sich bei einer Abwägung der betroffenen Rechtsgüter, reibungsloser Personaleinsatz und eine von allen Ungewisheiten befreite Personalplanung einerseits und Rechtsschutz für einen von einer unter Verstoß gegen das Leistungsprinzip zustande gekommenen Ernennung betroffenen Bewerber andererseits, das staatliche Interesse an der Stabilität der Ämterverteilung. Schließlich hat es der Dienstherr selbst in der Hand, durch eine konsequente Ausrichtung der Ernennungspraxis an dem Leistungsgrundsatz die Zahl der gerichtlichen Aufhebungsentscheidungen mög-

1) So erstmalig: Solte, ZBR 1972, S. 109 (114); ebenso: VG Hannover, DVBl. 1977, S. 584, Urt. v. 19.05.1976; Jung, Zugang, S. 179; Schick, DVBl. 1975, S. 741 (747); v. Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 103 (111); Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 289.

lichst gering zu halten und schon dadurch für die Stabilität der Ämterverteilung zu sorgen. In diesem Zusammenhang ist auch zu bedenken, daß die Fälle einer nachträglichen gerichtlichen Veränderung der Ämterverteilung die Ausnahme bleiben werden, da dem Dienstherrn bei der Feststellung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ein Beurteilungsspielraum¹⁾ zusteht, der gerichtlich nur in engen Grenzen nachprüfbar ist. In den Fällen aber, in denen der Dienstherr erkennbar und gravierend gegen den Leistungsgrundsatz verstoßen hat, kann es nicht angehen, unter Berufung auf organisatorische Schwierigkeiten die mit Verfassungsrang (Art. 33 Abs. 2, 19 Abs. 4 GG) ausgestattete Rechtsschutzmöglichkeit für den die rechtswidrige Ämtervergabe rügenden Bewerber zu unterlaufen²⁾..

Letztlich muß sich die herrschende Lehre den Vorwurf der zweifachen Inkonsequenz gefallen lassen: Für den Fall, daß ein Beamter seine Entlassung aus dem Beamtenverhältnis anfecht und mit seiner Klage die aufschiebende Wirkung herbeiführt, nimmt man die auftauchende Rechtsunsicherheit durchaus in Kauf, mit der Begründung, dort dulde der Gesetzgeber den Schwebezustand "ausdrücklich" (?³⁾), obwohl die rechtliche Problematik in beiden Fällen nahezu gleichgelagert ist⁴⁾.

Begründet man die Lehre von der Rechtsbeständigkeit der Ernennung mit der abschließenden Aufzählung der Rücknahmetatbestände in den Beamten-

1) Dazu ausführlich unten Teil III.

2) V. Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 103 (111).

3) So Günther, ZBR 1979, S. 110, Anm. 252.

4) Solte, ZBR 1972, S. 115; Schick, DVBl. 1975, S. 741 (747, Anm. 78); Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 290.

gesetzen, so müßte man denknöwendig eine Konkurrentenklage in den Fällen zulassen, in denen das materielle Recht selbst (§§ 11, 12 BBG) von einer Instabilität der Ernennung ausgeht und das Organisationsinteresse der Verwaltung nicht zu schützen bereit ist¹⁾; aber selbst in den Fällen, in denen der Dienstherr die Ernennung zurückzunehmen berechtigt oder verpflichtet ist, wurde die Zulässigkeit einer Konkurrentenklage bislang noch nicht in Betracht gezogen.

- (2) Auch die Interessen des ernannten Mitbewerbers vermögen keine Einschränkung der umfassenden Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG zu bewirken.

Diese Interessen stehen von vorneherein unter dem Vorbehalt, daß der Grundsatz des Vertrauensschutzes in dem konkreten Beamtenverhältnis wurzelt, das zwischen dem einzelnen Beamten und dem Dienstherrn besteht²⁾. Da der Beamte nur in diesem Verhältnis im Rahmen der §§ 11, 12 BBG bei der Aufhebung seiner Ernennung geschützt werden soll, kommt auch nur insoweit ein Vertrauensschutz in Betracht³⁾.

Den Interessen des Ernannten wird indes durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung ausreichend Rechnung getragen⁴⁾. Was den Status des Ernannten betrifft, bietet sich - abgesehen von der Möglichkeit, diesem entsprechend § 14 Satz 2 BBG die höheren Bezüge zu belassen, wenn er sich in seiner Lebensführung darauf eingestellt hatte⁵⁾ - eine Lö-

1) Solte, NJW 1980, S. 1035.

2) Schick, DVBl. 1975, S. 741 (746).

3) V. Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 103 (111).

4) VG Hannover, DVBl. 1977, S. 584, Urt. v. 19.05.1976.

5) Günther, ZBR 1979, S. 109.

sung über die Regeln über das sogenannte "faktische Beamtenverhältnis"¹⁾ an. Danach finden die beamtenrechtlichen Vorschriften insoweit entsprechende Anwendung, als dies nach Dauer des Dienstverhältnisses und den ausgeübten Funktionen sinnvoll ist²⁾.

Letztlich besteht nach allgemeiner Ansicht bei Verwaltungsakten mit drittbelastender Doppelwirkung für den Zeitraum der Anfechtungsfrist überhaupt kein Vertrauensschutz³⁾. Erst mit dem Eintritt der Unanfechtbarkeit wird der Schwebezustand beendet, so daß das Vertrauen des Begünstigten in den Bestand des Verwaltungsaktes - wie auch § 50 VwVfG zeigt⁴⁾ - grundsätzlich erst ab diesem Zeitraum schutzwürdig ist⁵⁾⁶⁾.

-
- 1) Zum faktischen Beamtenverhältnis vgl.: Brückner, Das faktische Beamtenverhältnis, 1968, S. 16 ff.; Schröcker, DVBl. 1957, S. 661 ff.; Plog/Wiedow/Beck, § 14 BBG RN. 5 ff.; v.Münch, Bes. Verw-Recht, S. 33 f.
 - 2) Im einzelnen: Ule, Beamtenrecht, § 8 BRRG RN. 6; Fürst, GKÖD, I K § 14 RN. 2 ff.; Solte, ZBR 1972, S. 114 f.
 - 3) VGH Bad.-Würt., VerwRspr. Bd. 9, S. 554 (Nr. 120), Urt. v. 01.10.1956; VG Berlin, DVBl. 1975, S. 268 (272), Urt. v. 15.05.1974; Ossenbühl, Rücknahme, S. 125; Laubinger, Der Verwaltungsakt, S. 184 ff.; Bode, Die Rücknahme, S. 166 ff.; Kisker, VVDStRL Bd. 32 (1974), S. 149 ff.; zum Vertrauensschutz bei der Rücknahme: Frot-scher, DVBl. 1976, S. 281; v.Mutius, VerwArch. Bd. 67 (1976), S. 317 (321).
 - 4) Vgl. die amtliche Begründung zum VwVfG, BT-Druck-sache Nr. VI/1173, S. 14 und zu § 39 S. 59 f.
 - 5) Schick, DVBl. 1975, S. 741 (746); v.Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 103 (111); Jung, Zugang, S. 181 f.; Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 290; OVG Rhld.-Pf., ZBR 1975, S. 117 (118), Urt. v. 04.09.1974.
 - 6) Ob der betreffende Beamte wegen der rechtswidrigen Begründung seiner Beförderung Schadensersatzansprüche gegen den Dienstherrn hat, ist eine andere Frage und nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

e. Zwischenergebnis:

Die Probleme, die die Aufhebung einer rechtswidrig erfolgten Ernennung durch ein verwaltungsgerichtliches Urteil mit sich bringen würde, sind nicht neu und lassen sich folglich mit den gegebenen beamtenrechtlichen und verwaltungsprozessualen Mitteln lösen.

Für die Annahme einer umfassenden Rechtsbeständigkeit und damit Unanfechtbarkeit der Ernennung des Konkurrenten ergeben sich bei verfassungskonformer Auslegung (Art. 33 Abs. 2, 19 Abs. 4 GG) der §§ 11, 12 BBG keine ausreichenden Gründe¹⁾.

Das Rechtsschutzbedürfnis der Konkurrentenklage ist damit zu bejahen²⁾.

-
- 1) Die §§ 11, 12 BBG sind damit noch nicht als verfassungswidrig anzusehen; sie lassen vielmehr eine verfassungskonforme Auslegung in dem oben beschriebenen Sinne zu.
 - 2) Allgemein haben sich für eine verwaltungsgerichtliche Kontrollmöglichkeit der Ernennung ausgesprochen: Konow, ZBR 1973, S. 170 (172); Crisolli/Schwarz, § 92 HBG Anm. 3 c; Ule, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 585; ders., Beamtenrecht, § 7 BRRG RN. 5; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 17.

3. Das Problem der Anfechtungsfrist

Die weitere Frage lautet, binnen welcher Frist der Kläger von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen und Widerspruch gegen die Ernennungsentscheidung des Dienstherrn einlegen muß¹⁾.

- a. Das Problem der Anfechtungsfrist bei Verwaltungsakten mit drittbelastender Doppelwirkung ist so alt wie das Rechtsinstitut selbst²⁾. Dies rührt daher, daß sich die verfahrensrechtlichen Vorschriften der VwGO vorwiegend an dem Verwaltungshandeln orientieren, das ausschließlich einen Staatsbürger betrifft, indem es ihn begünstigt oder belastet; Besonderheiten, die dem Verwaltungsakt mit Doppelwirkung eigentümlich sind, trägt die VwGO nur an wenigen Stellen Rechnung³⁾. Indessen findet sich im Bereich der Vorschriften über die einzuhaltenden Anfechtungsfristen keine den Verwaltungsakt mit Doppelwirkung speziell regelnde Bestimmung. Aus diesem Grunde hat es auch bisher nicht an Vorschlägen gefehlt, die sich mit den von dem Dritten einzuhaltenden Anfechtungsfristen befassen⁴⁾.

1) Sellmann, NJW 1964, S. 1545.

2) Stich, DVBl. 1957, S. 646 (648); Fromm, Verw. Arch. Bd. 56 (1965), S. 26 (48 ff.).

3) Die VwGO befaßt sich in §§ 65, 66, 68 Abs. 1 Nr. 2, 71 und 80 Abs. 2 Nr. 4 mit einer Mehrzahl von Beteiligten; davon haben aber nur die §§ 68 Abs. 1 Nr. 2 und 71 den Fall des Verwaltungsakts mit drittbelastender Doppelwirkung im Auge.

4) Vgl. etwa: Stich, DVBl. 1957, S. 646 (648); Hauelsen, NJW 1964, S. 2037 ff.; Bernhardt, JZ 1963, S. 302 (308); Bettermann, Festschrift für Schima, 1969, S. 71 ff.

- b. Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, welche Anfechtungsfristen von dem durch einen Verwaltungsakt drittbetroffenen Bürger einzuhalten sind, muß in jedem Fall die Verwaltungsgerichtsordnung sein¹⁾²⁾.

Grundsätzlich ist der gegen einen Verwaltungsakt gerichtete Widerspruch, der in beamtenrechtlichen Streitigkeiten gemäß § 126 Abs. 3 Zif. 1 BRRG in Abweichung von § 68 Abs. 1 Satz 2 Zif. 1 VwGO zwingend vorgeschrieben ist, gemäß § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO innerhalb eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerzten bekanntgegeben worden ist, schriftlich zu erheben³⁾. Gemäß § 70 Abs. 2 i.V.m. § 58 Abs. 1 VwGO beginnt die Monatsfrist jedoch nur zu laufen, wenn der Beschwerde über den einzulegenden Rechtsbehelf schriftlich belehrt worden ist. Ist diese Belehrung unterblieben oder unrichtig erteilt, ist der Widerspruch innerhalb eines Jahres seit Zustellung, Eröffnung oder Verkündung zu erheben (§§ 70 Abs. 2, 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO).

1) BVerwGE Bd. 44, S. 294 (297), Urt. v. 25.01.1974; Bd. 22, S. 129 (130), Urt. v. 05.10.1965; Forsthoff, VerwRecht, S. 167; Wolff/Bachof, VerwRecht, Bd. 1, § 28 III d; Redeker, NJW 1959, S. 749; Jung, Zugang, S. 196.

2) Insoweit existiert keine Gesetzeslücke, da das Institut des Verwaltungsakts mit Doppelwirkung schon lange Zeit vor Erlaß der VwGO bekannt und in seiner Zulässigkeit anerkannt war, so daß nach den Vorstellungen des Gesetzgebers das Instrumentarium der VwGO einschließlich der Fristenvorschriften auch für Verwaltungsakte mit Doppelwirkung und deren Anfechtung durch den Drittbetroffenen zu sachgerechten Ergebnissen führt und deshalb Anwendung findet (BVerwGE Bd. 1, S. 83, Beschl. v. 25.02.1954; Bd. 44, S. 294 (297), Urt. v. 25.01.1974.

3) Auch bei Klagen um eine Beförderung handelt es sich um eine beamtenrechtliche Streitigkeit (Jung, Zugang, S. 196). Vgl. dazu: v. Mutius, Das Widerspruchsverfahren, S. 80 ff., 136 ff. VGH Kassel, DVBl. 1964, S. 599, Urt. v. 18.12.1963.

- c. Die einzelnen Fallgestaltungen im Bewerbungsverfahren:
- aa. Erhält der abgewiesene Bewerber einen ordnungsgemäßen Bescheid mit Rechtsmittelbelehrung, in dem die Behörde seinen Beförderungsantrag zurückweist und gleichzeitig mitteilt, die Wahl sei auf den Bewerber B gefallen, beginnt ab dem Zeitpunkt der Zustellung dieses Bescheides die Monatsfrist gemäß § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu laufen¹⁾.
- bb. Teilt die Behörde dem übergangenen Bewerber lediglich mit dem Ausdruck des Bedauerns mit, die Wahl sei nicht auf ihn, sondern auf den Konkurrenten B gefallen, oder bringt sie das zum Ausdruck, indem sie ihm die eingereichten Bewerbungsunterlagen mit einem sinngemäßen Hinweis zurücksendet, so wird man dieses Verhalten der Behörde gleichwohl als Mitteilung eines drittbelastenden Verwaltungsaktes ansehen müssen. Da die maßgebliche Ernennungsscheidung damit dem Bewerber "bekanntgegeben" wurde, läuft mit dem Zugang dieser Mitteilung die Jahresfrist gemäß §§ 70, 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO.
- cc. Unternimmt die Behörde nichts dergleichen und beschränkt sich auf die Ernennung des ausgewählten Bewerbers, so erlangt der abgewiesene Bewerber zumindest offiziell keine Kenntnis davon, daß ein Konkurrent möglicherweise unter Verstoß gegen die Auswahlgrundsätze des § 8 Abs. 1 Satz 2 BBG ernannt worden ist²⁾.
-
- 1) Dieser Fall kommt in der Praxis in aller Regel nicht vor; vgl. Schick, ZBR 1975, S. 3; Isensee, Festgabe BVerwG, S. 350 ff.
- 2) Denkbar ist jedoch, daß der Kläger auf andere Weise von dem Ausgang des Beförderungsverfahrens erfährt. Insoweit fehlt es jedoch sowohl an einer Kundgabehandlung der Verwaltungsbehörde als auch an der objektiven Möglichkeit, den Zeitpunkt der Kenntniserlangung zu bestimmen.

Fraglich ist¹⁾, ob auch in diesem Fall die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO gegenüber dem abgewiesenen Bewerber zu laufen beginnt, wenn dieser entweder überhaupt nicht oder aber nur durch Zufall von dritter Seite von der Entscheidung der Behörde Kenntnis erlangt hat.

In diesem Zusammenhang ist die Ansicht²⁾ geäußert worden, daß die Bekanntgabe des Bescheides an den Adressaten auch zugleich die Rechtsbehelfsfristen für den betroffenen Dritten in Lauf setze, unabhängig davon, ob dieser von der Behörde den Bescheid erhalte oder nicht. Dieser Auffassung haben Lehre und Rechtsprechung die Zustimmung versagt³⁾. Zu Recht, denn Wortlaut und Sinn des § 58 Abs. 2 VwGO sprechen eindeutig dagegen. Diese Vorschrift setzt für den Fristbeginn die Zustellung, Eröffnung oder Verkündung, also eine Form der Bekanntmachung voraus. Jedoch genügt nicht eine Bekanntmachung an irgendeinen Betroffenen, sondern nur an jeweils denjenigen, der durch den Verwaltungsakt (nur oder auch) beschwert ist. Dies wird bestätigt durch § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO, der ebenfalls auf die Bekanntgabe an den Betroffenen abhebt, die Bekanntgabe an (irgend-) einen Beschwerten mithin nicht genügen läßt.

-
- 1) Daß die Monatsfrist des § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht in Gang gesetzt wird, bedarf keiner Erörterung.
 - 2) So Stich, DVBl. 1957, S. 646; VGH München, DVBl. 1965, S. 93, Urt. v. 17.04.1964.
 - 3) BVerwG, DVBl. 1969, S. 263, Urt. v. 14.02.1969; MDR 1973, S. 432, Urt. v. 20.10.1972; NJW 1974, S. 1260, Urt. v. 25.01.1974; Ule, VerwGerichtsbarkeit, Bd. 1 2. Halbband, Anm. II a.E. zu §§ 69 - 73 VwGO; Klinger, VwGO, Anm. C 1 zu § 70; Redeker/v.Oertzen, § 70 RN. 2; Eyermann/Fröhler, § 70 RN. 7; Siegmund-Schultze, DVBl. 1966, S. 247 (250); Hauelsen, NJW 1966, S. 2340 (2341); Bender/Dohle, Nachbarschutz, RN. 57.

Damit scheidet eine unmittelbare Anwendung des § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO im vorliegenden Fall aus. Bernhardt¹⁾ hat daher die Ansicht vertreten, § 58 Abs. 2 VwGO sei solchenfalls zumindest in dem Sinne analog anzuwenden, daß die Jahresfrist gegen den Dritten in dem Augenblick zu laufen beginne, in dem er von dem Verwaltungsakt tatsächlich Kenntnis erlangt habe, auch wenn ihm der Bescheid nicht amtlich bekanntgegeben worden sei.

Das Bundesverwaltungsgericht ist dieser Auffassung entgegengetreten²⁾ und hat eine analoge Anwendung im Sinne von Bernhardt mit überzeugenden Argumenten abgelehnt³⁾. Die für den Fristbeginn nach § 58 Abs. 2 VwGO einzig maßgebenden gesetzlichen Merkmale sind die Zustellung, Eröffnung oder Verkündung des Verwaltungsaktes, und zwar an den Beschwerkten. Mit diesen Tatbestandsmerkmalen stimmt das für Fälle der vorliegenden Art wesentliche Merkmal der "anders als durch amtliche Bekanntgabe vermittelten Kenntnis" von dem Verwaltungsakt nicht überein. Denn die §§ 58 und 70 VwGO knüpfen gerade an die amtliche Bekanntgabe des Verwaltungsaktes die Rechtsfolge des Beginns der Rechtsmittelfristen. Dies geschieht aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit: Erst die amtliche Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes gibt dem Beschwerkten Aufschluß über dessen genauen Inhalt. Gleichzeitig beginnt mit der Bekanntgabe die Rechtsbehelfsfrist. Dieser Zeitpunkt läßt sich anhand der Behördenvorgänge einfach feststellen, während die anderweitig erlangte Kenntnis und ihr Zeitpunkt oft umstritten

1) In JZ 1963, S. 302 (308).

2) BVerwGE Bd. 44, S. 294 (296), Urt. v. 25.01.1974.

3) Noch offengelassen im Urt. v. 25.06.1969, Buchholz 406.11 § 34 BBauG Nr. 24 (S. 50); wie das BVerwG: Menger, VerwArch. Bd. 66 (1975) S. 85 (87).

und schwer festzustellen sind. Daher kann nach dem geltenden Verfahrensrecht die an die amtliche Bekanntgabe geknüpfte Rechtsfolge des Fristbeginns nicht ohne Verstoß gegen das Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit durch das allzu weite Tatbestandsmerkmal "anderweitig erlangte Kenntnis" ausgelöst werden¹⁾.

Daraus folgt, daß in diesem Fall für den Kläger weder die Monatsfrist des § 70 Abs. 1 VwGO noch die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO zu laufen beginnt.

Fraglich ist, ob durch diesen Umstand die Zulässigkeit der Konkurrentenklage berührt wird. Die herrschende Meinung²⁾ äußert in diesem Zusammenhang die Befürchtung, bei Zulassung der Konkurrentenklage hänge das "Damoklesschwert der Kassation" auf unabsehbare Zeit über dem Beamtenverhältnis des Ernannten, weil der Kreis der Anfechtungsberechtigten nicht abgrenzbar sei und folglich eine Unanfechtbarkeit nicht herbeigeführt werden könne. Mithin sei das Prinzip der Stabilität der staatlichen Amterverteilung nicht mehr gewährleistet³⁾, so daß der Konkurrentenklage die Zulässigkeit auch aus diesem Grunde zu versagen sei.

d. Dieses Ergebnis unterliegt freilich Einwänden:

Der Befürchtung der beständig drohenden Anfechtung einer Ernennung steht einmal entgegen, daß eine

1) Ebenso: Mittenzwei, NJW 1964, S. 1884; Ule, Verw. Gerichtsbarkeit, Anm. II zu §§ 69 - 73 VwGO; Redeker/v.Oertzen, § 70 RN. 2; Eyermann/Fröhler, § 70 RN. 7.

2) Isensee, Festgabe BVerwG, S. 337 (355); Günther, ZBR 1979, S. 109; Schick, ZBR 1967, S. 300.

3) Günther, ZBR 1979, S. 110 m.w.N.

Konkurrenzenklage nicht von jedem beliebigen Bürger erhoben werden kann; nur wer ein konkretes Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung der Ernennung hat, kann diese anfechten. Dies heißt aber ohne weiteres auch den Fragebogen des unterlegenen Bewerbers entwerfen: Dieser erstrebt letztlich seine eigene Beförderung an Stelle des Konkurrenten. Nur um die konkurrierende Beförderungsvoraussetzung zu kommen, bedarf es hinsichtlich der Aufhebung der Ernennung des Konkurrenten der negativen Konkurrenzenklage. Das Aufhebungsbegehren bezieht sein Rechtsschutzbedürfnis daher ausschließlich auf seine Verknüpfung mit dem (weitergehenden) Verwaltungsverfahren; würde jemand die Ernennung des Konkurrenten anfechten wollen, ohne letztlich ein eigenes konkurrierendes Interesse an der eigenen Beförderung zu haben, wäre dieser Klage a priori das Rechtsschutzbedürfnis zu versagen. Sie liefe auf eine objektive Verwaltungskontrolle hinaus, die unzulässig ist. Diese Überlegung skizziert den Kreis der admissiblen Aufhebungsberechtigten bereits erschöpfend ab.

Hierzu kommt ein Zweites: Da die Ernennung ein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt ist, kann nur derjenige, der einen Antrag auf Ernennung gestellt hat, von dem der Konkurrent auch betroffen werden¹⁾. Mit ihm kann sich auch nur aus diesem Kreis der Bewerber ein späterer Anfechtungsberechtigter rekrutieren. Was was in dem Verwaltungsakte beachtet verfahren um ein Beförderungsausschuss nicht beteiligt

¹⁾ In diesem Zusammenhang hat der Senat die Möglichkeit, den Kreis potentieller Bewerber an der öffentlichen List schon durch eine Auswertung zu ermitteln und abzugrenzen (§ 2 BGG); vgl. dazu: v. Hippel, Gleicher Zugang, S. 14 ff.; Ermacora, Das Berufsbeamtentum, S. 9 ff.

war, kann auch die Ernennungsentscheidung nicht anfechten, weil er durch diese nicht in eigenen Rechten betroffen ist. Dies folgt aus der konkreten Konkurrenzbezogenheit des Leistungsgrundsatzes. Dieser gewährt dem Bewerber um ein Beförderungsamts grundsätzlich ein subjektiv-rechtlich geschütztes Interesse auf sachgerechte Auswahl; der Leistungsgrundsatz kann aber nur in der spezifischen Konkurrenzsituation und darüberhinaus nur dann Platz greifen, wenn es dem Kläger entscheidend um die eigene Beförderung geht. Damit ist auch das zweite Argument der herrschenden Lehre, die Zahl der möglichen Anfechtungskläger sei zu groß und zu unbestimmt, da ja das "Recht auf Zugang" jedem Deutschen offenstehe¹⁾, entkräftet. Nach Abschluß des Beförderungsverfahrens steht die Zahl der unterlegenen Bewerber und damit zugleich der möglichen Anfechtungskläger genau fest²⁾.

- e. Dieses (nach dem Wortlaut der VwGO an sich zeitlich unbegrenzte) Anfechtungsrecht muß im Interesse der Rechtssicherheit zeitlich jedoch begrenzt werden, was durch einen Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Verwirkung möglich ist³⁾.

Dieses gilt als allgemeiner Rechtsgrundsatz in der gesamten Rechtsordnung⁴⁾, also auch im Verwaltungsprozeßrecht⁵⁾, da es einen Unterfall der von der

1) Isensee, Festgabe BVerwG, S. 337 (355).

2) Im Idealfall dürfte es der Behörde keine Schwierigkeiten bereiten, durch Bekanntgabe der Ernennungsentscheidung an alle Bewerber die Anfechtungsfrist in Gang zu setzen.

3) Schmitt-Kammler (DÖV 1980, S. 289) gebraucht stattdessen den Begriff "Treu und Glauben", meint aber im Ergebnis das gleiche.

4) Vgl. Stich, DVBl. 1956, S. 325; Hauelsen, DVBl. 1964, S. 710.

5) BVerfGE Bd. 32, S. 305 (308), Beschl. v. 26.01.1972; BVerwG, Buchholz 406.11 § 30 BBauG Nr. 6 (S. 11), Urt. v. 20.10.1972; Beschl. v. 24.02.1958, IV B 217.67.

Rechtsordnung ganz allgemein verpönten, unzulässigen, weil mißbräuchlichen, Rechtsausübung darstellt¹⁾.

Fraglich ist dabei zunächst, ob der Grundsatz der Verwirkung im Verwaltungsprozeßrecht nicht bereits in § 58 Abs. 2 VwGO positivrechtlich normiert ist, indem der Gesetzgeber hier einen besonderen Fall der mißbräuchlichen Rechtsausübung im Verfahrensrecht typisiert hat. Solchenfalls wäre § 58 Abs. 2 VwGO ein spezialgesetzlicher Verwirkungstatbestand, so daß das allgemeine Rechtsinstitut der Verwirkung, zumindest was die Fristen anbelangt, nicht mehr zum Zuge kommen könnte²⁾. Man muß jedoch davon ausgehen, daß § 58 Abs. 2 VwGO nicht entscheidend vom Grundsatz der mißbräuchlichen Rechtsausübung, sondern vielmehr vom Gebot der Rechtssicherheit getragen wird³⁾. Die Vorschrift beinhaltet weniger einen Verwirkungstatbestand als vielmehr den Fall einer gesetzlichen Ausschußfrist, die nicht ein subjektives treuwidriges Verhalten erfordert, sondern die Rechtsfolge des Rechtsverlustes an den bloßen Zeitablauf knüpft, der nach objektiven Kriterien bestimmbar ist⁴⁾. Demzufolge findet der Grundsatz der Verwirkung prozessualer Befugnisse im Verfahrensrecht im Bereich der Anfechtungsfristen Anwendung.

1) Wolff/Bachof, VerwRecht, Bd. 1, § 37 III e 1; Forsthoff, VerwRecht, S. 172; Baumgärtel, ZZP 1973, S. 369; Bender/Dohle, Nachbarschutz, RN. 58; Palandt/Heinrichs, § 242 Anm. 9 d bb; Soergel/Siebert/Kopp, § 242 RN. 288 ff.; Zeiss, a.a.O., S. 124; OVG Münster, DÖV 1957, S. 832, Beschl. v. 25.02.1957.

2) Forsthoff, VerwRecht, S. 172.

3) Eyermann/Fröhler, § 58 RN. 13.

4) Mittenzwei, NJW 1974, S. 1885; Stich, DVB1. 1956, S. 326; Zeiss, a.a.O., S. 124; OVG Münster, DÖV 1957, S. 832, Beschl. v. 25.02.1957.

Inhaltlich besagt der Grundsatz der Verwirkung, daß nicht nur ein schutzwürdiges Vertrauen der Gegenpartei auf das Untätigbleiben des Berechtigten, sondern auch ein öffentliches Interesse an der Erhaltung des Rechtsfriedens es rechtfertigen kann, die Geltendmachung eines Rechtsbehelfes nach langer Zeit als unzulässig anzusehen¹⁾. Im vorliegenden Fall ergeben sich die Gründe, die zu einer Verwirkung des Anfechtungsrechtes des übergangenen Bewerbers führen können, aus den folgenden Erwägungen:

Der übergangene Bewerber, dem die Anfechtungsbefugnis grundsätzlich zusteht, hat bei dem Dienstherrn selbst den Antrag auf Ernennung gestellt. Er weiß daher, daß mit einer Entscheidung des Dienstherrn in absehbarer Zeit zu rechnen ist, da Bewerbungen in aller Regel auf eine Stellenausschreibung hin erfolgen, wodurch der Dienstherr seinerseits zum Ausdruck bringt, daß er an einer baldmöglichen Besetzung der zur Verfügung stehenden Planstelle interessiert ist. Erhält der Bewerber nun wider Erwarten nach längerer Zeit keine offizielle Nachricht darüber, wie über seinen Ernennungsantrag entschieden worden ist, hat er die Möglichkeit, nach § 75 Satz 1 VwGO die sog. "Untätigkeitsklage" zu erheben und auf diese Weise eine Sachentscheidung zu erhalten; die Untätigkeitsklage ist dabei ohne Kostenrisiko möglich, wenn der Dienstherr nach Ablauf von drei Monaten seit Antragstel-

1) BVerfGE Bd. 32, S. 302 (308), Beschl. v. 26.01.1972; Forsthoff, VerwRecht, S. 172; Wolff/Bachof, VerwRecht, Bd. 1, § 37 III e 1; Bettermann, Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 779 (807); Bender/Dohle, Nachbarschutz, RN. 57 f.

lung ohne zureichenden Grund sachlich nicht entschieden hat. Auf den Umstand, daß der Bewerber zufällig etwas von dritter Seite über den Ausgang des Ernennungsverfahrens erfahren hat, kommt es sonach nicht mehr an.

Obzwar der Bewerber nicht gezwungen ist, eine derartige Klage zu erheben, und allein der Umstand, daß er es verabsäumt, den Klageweg zu beschreiten, ihm noch nicht zum Nachteil gereichen kann, ist ein Beamter doch gehalten, sich in angemessener Weise um die Besorgung seiner mit der Amtsstellung verbundenen Rechtsangelegenheiten zu bemühen. Ihn trifft zumindest eine Erkundigungspflicht, welche besagt, daß er nach einer angemessenen Frist bei dem Dienstherrn um Auskunft nach dem Stand der Dinge nachsucht. Er ist schon aufgrund des besonderen beamtenrechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses verpflichtet¹⁾, durch ein zumutbares aktives Handeln bei der Erledigung der ihn betreffenden dienstlichen Angelegenheiten mitzuwirken. Der Beamte muß dieser Verpflichtung dadurch nachkommen, daß er nach Abwarten einer angemessenen Frist, deren Dauer sich maßgeblich nach den besonderen Umständen des jeweiligen Einzelfalles richtet und in Anlehnung an die in den §§ 58 Abs. 2 Satz 1, 75 Satz 2 VwGO getroffene gesetzliche Grundentscheidung zu bemessen ist, ungesäumt ein Auskunftersuchen an den Dienstherrn stellen, wenn ihm nicht bei einer späteren Klageerhebung der Grundsatz von Treu und Glauben entgegengehalten werden soll²⁾.

1) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 71 ff.; v. Mangoldt/Klein, S. 816; Thieme, Der öffentliche Dienst, S. 48 ff.; BVerfGE Bd. 9, S. 268 (286), Urt. v. 27.04.1959.

2) Redeker/v. Oertzen, § 58 RN. 18 und § 70 RN. 2.

In diesem Zusammenhang ist ferner von Bedeutung, daß eine vom Dienstherrn vorgenommene Ernennung so schnell wie möglich bestandskräftig werden soll. Schon daraus folgt, daß die dem übergangenen Bewerber zur Verfügung stehende Anfechtungsfrist in aller Regel ein Jahr nicht übersteigen sollte; diese Frist ist auch zureichend, um sich über den Ausgang des Ernennungsverfahrens Gewißheit zu verschaffen. Bei einer nach Ablauf dieser Frist erhobenen Konkurrentenklage müßte die Fristversäumung aus dem Grundsatz der Verwirkung zur Unzulässigkeit des geltend gemachten Rechtsbehelfes führen¹⁾.

Diese Ansicht führt zugegebenermaßen oft zu dem gleichen Ergebnis wie die zuvor abgelehnte entsprechende Anwendung des § 58 Abs. 2 VwGO auf den Fall der anderweitig erlangten Kenntnis. Jedoch besteht bereits in der rechtsdogmatischen Herleitung ein wesentlicher Unterschied: Während sich bei der analogen Anwendung des § 58 Abs. 2 VwGO das Ergebnis aus allgemeinen verfahrensrechtlichen Überlegungen herleitet, fußt die obenstehend gewonnene Lösung in dem allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben. Sie stellt maßgeblich auf die Besonderheiten des einzelnen Beamtenverhältnisses ab und beschränkt sich daher auch auf diese Fälle, während eine Analogie für Verwaltungsakte mit Doppelwirkung schlechthin gelten würde. Darüber hinaus ermöglicht die vorgeschlagene Verfahrensweise die Zulassung von Ausnahmen, wenn dies besondere Umstände des Einzelfalles, die der übergangene Bewerber darlegen und beweisen muß, nach Treu und Glauben gebieten²⁾.

1) So auch das BVerwG für den Bereich der baulichen Nachbarklage, BVerwGE Bd. 44, S. 294 (299), Urt. v. 25.01.1974.

2) BVerwGE Bd. 44, S. 294 (301), Urt. v. 25.01.1974.

Letztlich kann bei der hier vertretenen Auffassung auch darauf verzichtet werden, bei der Bemessung der Anfechtungsfrist auf die zufällige Kenntniserlangung des Bewerbers vom Ausgang des Ernennungsverfahrens abzustellen. Dieser unsichere Zeitfaktor wird entbehrlich, da insofern der Zeitpunkt der Antragstellung als Ausgangspunkt für den Fristbeginn zur Verfügung steht¹⁾.

f. Zwischenergebnis:

Der übergangene Bewerber ist gehalten, binnen der in §§ 70, 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Fristen (Monats- oder Jahresfrist) die ihm bekanntgegebene Ernennungsentscheidung des Dienstherrn anzufechten.

Ergeht dem Bewerber gegenüber kein offizieller Bescheid, kann eine Begrenzung der Anfechtungsfrist je nach Lage des Einzelfalles über das Rechtsinstitut der Verwirkung erreicht werden.

1) In diesem Zusammenhang muß allerdings betont werden, daß die ausnahmsweise Begrenzung der Anfechtungsfrist des unterlegenen Bewerbers durch den Grundsatz der Verwirkung die Behörde nicht von ihrer Pflicht entbindet, dem Bewerber die Umstände mitzuteilen, die zu seiner Ablehnung und zur Ernennung des Konkurrenten geführt haben (BVerfG, NJW 1975, S. 1641 (1644), Beschl. v. 22.05.1975; Isensee, Festgabe BVerwG, S. 351 f.). Hierauf hat jeder Bewerber einen Anspruch. Die künftige Handhabung des Bewerbungsverfahrens sollte daher so sein, daß die Mitteilung in der Form eines mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen nachprüfbaren Bescheides erfolgt (Schmitt-Kammler, DÖV 1980, S. 289, spricht von einer erforderlichen Formalisierung des Ablehnungsverfahrens). Damit wäre der Rechtssicherheit und der materiellen Gerechtigkeit in ausreichendem Maße Genüge getan.

4. Die Beurteilung des Eingangsfalles

Für die Lösung des Beispielsfalles gilt demnach, daß die Konkurrentenklage des A zulässig ist; insbesondere verfügt der Kläger über die notwendige Klagebefugnis; das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis des Klägers ist trotz der zwischenzeitlichen Ernennung des Konkurrenten zu bejahen, da diese noch nicht unanfechtbar geworden ist. Das Vorverfahren ist form- und fristgerecht durchgeführt.

Die Klage ist hinsichtlich des Anfechtungsbegehrens auch begründet, wenn die Ernennung des B aus sachwidrigen Erwägungen erfolgt ist, der Kläger also in seinem Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG auf Auswahl nach sachgerechten Kriterien tatsächlich verletzt ist.

Dies zu entscheiden, kann nicht Gegenstand dieser Erörterungen sein. Das Verwaltungsgericht in Hannover hat in dem dem Beispielsfall zugrunde liegenden Urteil die Auswahl der Bewerber sachlich nicht beanstandet und die Klage als unbegründet abgewiesen¹⁾.

5. Ergebnis des zweiten Teiles

Der übergangene Bewerber, der seine eigene Ernennung erstrebt, kann die Ernennung des Konkurrenten mit Widerspruch und Verpflichtungsklage angreifen. Seine Klagebefugnis folgt aus Art. 33 Abs. 2 GG. Das Rechtsschutzbedürfnis wird durch die zwischenzeitliche Ernennung des Konkurrenten

1) DVB1. 1977, S. 584, Urt. v. 19.05.1976.

nicht berührt; für eine Begrenzung der umfassenden Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG sind keine ausreichenden Gründe ersichtlich; insbesondere ist die Annahme der Rechtsbeständigkeit der Ernennung des Konkurrenten zurückzuweisen.

Bei der Bemessung der Anfechtungsfrist ist von §§ 70 und 58 VwGO auszugehen; finden diese Vorschriften wegen der Besonderheiten des Einzelfalles keine Anwendung, kann eine Begrenzung der Anfechtungsfrist über das Rechtsinstitut der Verwirkung erreicht werden.

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn die Ernennung des Konkurrenten aufgrund von nach Art. 33 Abs. 2 und 3 GG unzulässigen Erwägungen erfolgt ist. Solchenfalls hebt das Gericht die Ernennungsentscheidung auf.

Damit hat der übergangene Bewerber die Möglichkeit, durch eine wirksame Drittanfechtung eine freie, besetzbar zur Verfügung stehende Planstelle zu schaffen.

Es stellt sich somit die Frage, ob der im Anfechtungsbegehren obsiegende Kläger auch einen durchsetzbaren Anspruch auf seine eigene Beförderung hat (Teil III.).

III. Der Anspruch auf Beförderung

1. Die Problemstellung

Der auf die eigene Beförderung gerichtete über das Aufhebungsbegehren hinausgehende Verpflichtungsantrag setzt voraus, daß der Kläger einen "Anspruch auf Beförderung" geltend machen kann (§ 42 Abs. 2 VwGO)¹⁾. Auch die positive Konkurrentenklage erfordert - wie das zuvor dargestellte Anfechtungsbegehren -, daß der abgewiesene Bewerber eine durch die Ablehnung seines Beförderungsantrages bedingte Rechtsverletzung rügt; er muß aber darüberhinaus ein durch eine Norm des objektiven Rechts zielgerichtet geschütztes subjektiv-rechtliches "Recht auf Beförderung" dartun, das über das bei dem Anfechtungsbegehren geltend gemachte Aufhebungsinteresse hinausgeht. Das bei dem Verpflichtungsbegehren als verletzt gerügte Recht muß dem Kläger die grundsätzliche Befugnis verleihen, dieses so beschriebene Recht gegenüber dem Verpflichteten auch durchzusetzen²⁾.

Sowohl Art. 33 Abs. 2 GG als auch die §§ 23, 8 Abs. 1 Satz 2 BBG sind (auch) dem Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt und enthalten durch die Normierung des Leistungsgrundsatzes ein subjektiv-rechtlich geschütztes Interesse des einzelnen Bewerbers³⁾. Ob dieses jedoch auch ein "Recht auf Beförderung" beinhaltet, ist damit noch

1) Eyermann/Fröhler, § 42 RN. 89; Ule, VerwProzeßrecht, S. 166 ff.

2) Erichsen/Martens, Allg. VerwRecht, S. 125 f.; Wolff/Bachof, VerwRecht, Bk. 1, § 43 I b 2; v. Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 103 (106).

3) Siehe dazu oben Teil II., Erl. 1 b cc.

nicht gesagt. Dies hängt entscheidend vom Verständnis der Regelung in Art. 33 Abs. 2 GG ab, wonach "jeder Deutsche gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt" hat.

2. Der Meinungsstand zum Beförderungsanspruch

Die Frage nach dem Bestehen eines Beförderungsanspruches wird in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet.

- a. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁾²⁾ versagte einen Beförderungsanspruch gleich welcher Art kategorisch. Als Begründung diene einmal der tradierte Grundsatz "Es gibt keinen Rechtsanspruch auf Beförderung"; zum anderen führte das Reichsgericht aus, die allgemeine dem Dienstherrn obliegende Fürsorgepflicht betreffe nur die "gegenwärtige Dienststellung des Beamten", nicht aber die Erlangung einer besseren; die Beförderung erfolge ausschließlich im "Interesse des Gemeinwohls" und unterliege

1) RGZ Bd. 111, S. 358, Urt. v. 09.10.1925; Bd. 146, S. 369, Urt. v. 07.12.1934; Bd. 159, S. 247 (250) Urt. v. 27.01.1939.

2) Die Beamtenpolitik der NS-Zeit, die hier außer Betracht bleibt, kennzeichnet die Tendenz, das überkommene Berufsbeamtentum in seiner Struktur zu verändern. Dies geschah in erster Linie durch die Kodifikation des Deutschen Beamtengesetzes v. 26.01.1937 (RGBl. S. 39) sowie durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums v. 07.04.1933 (RGBl. S. 175). Diese Gesetze gehen von beamtenpolitischen Vorstellungen aus, die für das deutsche Berufsbeamtentum grundsätzlich neu waren. Neben der offenen Protektion des Parteibuchbeamten, die dadurch geschah, führende Stellungen mit Anhängern der Partei zu besetzen, indem man Einstellungen und Beförderungen von der positiven Haltung des Bewerbers zum Nationalsozialismus und die Ernennung der kommunalen Spitzenbeamten von einem Vorschlag des Beauftragten der NSDAP abhängig machte (§ 41 DGO), ist es die Ausrichtung des Beamtentums auf die nationalsozialistische Weltanschauung mit der strengen Einordnung in die Parteihierarchie. Hierdurch wurden die Beamten in ein Verhältnis totaler Unterworfenheit gebracht.

lediglich dem "pflichtgemäßen Ermessen" der Behörde; dabei seien sowohl der "Staatshoheitsakt der Beförderung selbst" wie auch das "Verfahren, wie sich die Behörde Überzeugung davon verschaffe, ob ein Beamter zur Beförderung geeignet" sei, der Nachprüfung der Gerichte entzogen¹⁾.

- b. Der Bundesgerichtshof²⁾³⁾ und die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte⁴⁾ behielten die Rechtsansicht des Reichsgerichts zunächst bei und umhüllten den Rechtsakt der Beförderung nach wie vor mit dem Mantel der Unantastbarkeit. Man gestand dem Dienstherrn bei seiner Beurteilung einen nahezu uneingeschränkten Entscheidungsspielraum zu; selbst wenn ein Beamter alle Voraussetzungen erfüllte, unter denen eine Beförderung zulässig war, und wenn dar-

-
- 1) Das RG entschied hierüber allerdings nur im Zusammenhang mit wegen einer Nichtbeförderung erhobenen Schadensersatzansprüchen.
- 2) BGHZ Bd. 15, S. 185, Urt. v. 11.11.1954; BGH, NJW 1956, S. 1400, Urt. v. 12.07.1956.
- 3) Anzumerken ist dabei, daß der BGH - im Gegensatz noch zum RG, dem es aus Gründen der Zulässigkeit des Rechtsweges verwehrt war, die Entschließung der Behörde selbst und nicht nur den Ernennungsvorgang nachzuprüfen - diese Sorge nicht mehr kannte. Nach den geltenden Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtsweges hätte der BGH als Zivilgericht den Erlaß eines fehlerhaften Verwaltungsaktes ohne weiteres als Amtspflichtverletzung qualifizieren können und damit auch die Beförderungsentscheidung selbst nachprüfen können.
- 4) BVerwGE Bd. 2, S. 151 (153), Urt. v. 21.06.1955; Bd. 15, S. 3 (5 ff.), Urt. v. 30.08.1962; OVG Rhld.-Pf., DVBl. 1956, S. 310, Beschl. v. 13.01.1956; VGH Kassel, ZBR 1954, S. 185, Urt. v. 31.07.1953; VGH Bad.-Würt., VerwRspr. Bd. 2, S. 58 (61), Nr. 20, Urt. v. 17.06.1949.
Weitere Nachweise siehe oben Teil II., Erl. 1 a cc (1) Fußn. 2) sowie bei Plog/Wiedow/Beck, § 23 RN. 8 und Crisolli/Schwarz, § 92 Anm. 3 c.

überhinaus ein Mitbewerber unter Verletzung der beamtenrechtlichen Vorschriften über Ernennungen (§§ 23, 8 Abs. 1 Satz 2 BBG) ernannt worden war, versagte die Rechtsprechung dem unterlegenen Bewerber jeden Anspruch mit dem Hinweis, "mangels eines Rechtes auf Beförderung liege in der Nichtbeförderung keine Einwirkung auf rechtlich geschützte Güter des Beamten"¹⁾.

Heute hat sich in der Rechtsprechung²⁾³⁾⁴⁾ die Auf-

-
- 1) So ausdrücklich: BGH, NJW 1956, S. 1400, Urt. v. 12.07.1956.
 - 2) BVerwGE Bd. 15, S. 3 (7), Urt. v. 30.08.1962; Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 1, Urt. v. 20.04.1964; Bd. 19, S. 252 (254), Urt. v. 17.09.1964; NJW 1965, S. 984 (985), Urt. v. 19.11.1964; Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 30, Urt. v. 23.02.1970; Bd. 36, S. 192 (217), Urt. v. 18.10.1970; Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 18, Beschl. v. 14.12.1972; Buchholz 237.6 § 8 LBG Nr. 1, Urt. v. 06.03.1975; DVBl. 1976, S. 335 (336), Beschl. v. 22.04.1975; Bd. 49, S. 214 (220), Urt. v. 09.10.1975; Bd. 49, S. 232 (237), Urt. v. 16.10.1975; Beschl. v. 07.09.1976, IV B 84.75; Beschl. v. 06.10.1976, II B 71.75; DÖV 1977, S. 139, Urt. v. 04.11.1976; Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 66, Beschl. v. 15.07.1977.
 - 3) VGH Kassel, ESVGh Bd. 9, S. 231 (235), Urt. v. 22.10.1959; HessVGRspr. 1966, S. 2 (3), Urt. v. 20.07.1965; ZBR 1969, S. 174, Urt. v. 13.08.1968; Beschl. v. 08.07.1970, I TH 19/70; Urt. v. 13.10.1970, I OE 45/70; Beschl. v. 06.04.1972, I TG 7/72; HessVGRspr. 1974, S. 28 (32), Urt. v. 13.06.1973; DVBl. 1974, S. 877 (878), Beschl. v. 10.04.1974; HessVGRspr. 1975, S. 89, Urt. v. 29.02.1975; ZBR 1977, S. 370, Urt. v. 12.05.1976; HessVGRspr. 1977, S. 33 (34), Urt. v. 16.03.1977; HessVGRspr. 1977, S. 57 (58), Urt. v. 27.07.1977; HessVGRspr. 1979, S. 12 (14), Beschl. v. 06.04.1978; ESVGh Bd. 29, S. 175, Beschl. v. 04.05.1979
 - 4) VG Berlin, ZBR 1974, S. 391, Urt. v. 05.06.1974; ZBR 1976, S. 341, Urt. v. 25.08.1976; VG Hannover DVBl. 1977, S. 584, Urt. v. 19.05.1976; VG Augsburg, DÖV 1978, S. 367, Urt. v. 03.11.1977; VG Regensburg, BayVB1. 1979, S. 314, Urt. v. 31.01.1979; BayVG München, ZBR 1977, S. 69, Urt. v. 13.10.1976; BayVGh, n.F. Bd. 10, S. 110 (114), Urt. v. 28.10.1957; VGh Bad.-Würt., NJW 1950, S. 837 (838), Urt. v. 10.03.1950; DVBl. 1965, S. 333, Urt. v. 07.08.1964; ESVGh Bd. 18, S. 31

fassung durchgesetzt, wonach der Bewerber um ein Beförderungsamt einen Anspruch darauf hat, daß über seine Bewerbung "in ermessensfehlerfreier Weise" entschieden werde. Zur Begründung wird im wesentlichen vorgetragen: Art. 33 Abs. 2 GG enthalte eine Verknüpfung von unbestimmten Rechtsbegriffen auf der Tatbestandsseite mit einer Ermessensermächtigung auf der Rechtsfolgenreite. Bei der Beurteilung der für die Beförderung maßgeblichen Voraussetzungen (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung) handele es sich um einen "Akt wertender Erkenntnis" des Dienstherrn, bei dem diesem ein "weiter Beurteilungsspielraum zustehe"; darüberhinaus stehe die Entscheidung des Dienstherrn, ob die offene Stelle zu besetzen sei und gegebenenfalls mit welchem Bewerber sie nach Abschluß des Beförderungsverfahrens besetzt werden solle, im "pflichtgemäßen Ermessen" des Dienstherrn; dieser habe sich bei seiner Ermessensentscheidung ausschließlich von sachlichen Erwägungen, von Gerechtigkeit und auch von Wohlwollen gegenüber dem Beamten leiten zu lassen; hierauf habe der Bewerber einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch; sei dieser Ermessensspielraum eingeschränkt, könne sich der Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch sogar zu einem "Beförderungsanspruch verdichten".

Eine Einschränkung des "Ermessensspielraumes" komme in Betracht, wenn dem Beamten die Beförderung in das höhere Amt in rechtsverbindlicher Weise zuge-

(33), Urt. v. 14.06.1967; ESVGH Bd. 20, S. 88, Urt. v. 16.07.1969; ZBR 1972, S. 308, Urt. v. 08.02.1972; ZBR 1977, S. 368, Beschl. v. 09.11.1976; BWVPr 1980, S. 64, Beschl. v. 30.11.1978. OVG Rhld.-Pf., DVBl. 1956, S. 309, Beschl. v. 03.01.1956; ZBR 1975, S. 117, Urt. v. 04.09.1974. OVG Lüneburg, DVBl. 1967, S. 206, Urt. v. 02.02.1965. OVG Münster, ZBR 1967, S. 125, Urt. v. 14.01.1966; ZBR 1976, S. 278, Urt. v. 24.03.1976. BVerfGE Bd. 39, S. 334 (354), Beschl. v. 22.05.1975. BAG, NJW 1976, S. 1708, Urt. v. 31.03.1976.

sichert worden sei¹⁾ oder wenn gemäß einer Verwaltungsanordnung der zuständigen Stelle ein nach objektiven Gesichtspunkten bestimmter Kreis von Beamten zu einem bestimmten Zeitpunkt zu befördern sei²⁾³⁾; auch die Fürsorgepflicht (§ 79 BBG⁴⁾) soll zu einer Begrenzung des Ermessensspielraumes führen können⁵⁾.

- c. Im Schrifttum wird vereinzelt dem Beamten nur ein "Recht zur Bewerbung" zugebilligt⁶⁾; das Recht des Dienstherrn auf "freie Auswahl" unter den Bewerbern

-
- 1) BVerwG, ZBR 1966, S. 377, Urt. v. 24.06.1966; ZBR 1969, S. 349, Urt. v. 17.12.1968; VGH Kassel, ZBR 1969, S. 174, Urt. v. 13.08.1968; BGH, ZBR 1956, S. 185, Urt. v. 09.01.1956; VGH Bad.-Würt., DVBl. 1951, S. 121, Urt. v. 31.03.1950; Plog/Wiedow/Beck, § 6 BBG RN. 28; Crisolli/Schwarz, § 104 Anm. 2; v. Münch, Bes. VerwRecht, S. 28; VGH Bad.-Würt., ZBR 1971, S. 287, Urt. v. 12.02.1971.
 - 2) BVerwG, NJW 1965, S. 984, Urt. v. 19.11.1964.
 - 3) Keinen Beförderungsanspruch verleiht grundsätzlich die bloße Wahrnehmung der Funktionen eines höher bewerteten Dienstpostens (§ 19 Abs. 2 BBesG); vgl. dazu: Wurster/Gohla, BBesG, § 19 Anm. 4; Lecheler, Jura 1979, S. 418; Schmitt-Kammeler, Jura 1979, S. 642; BVerwG, ZBR 1963, S. 354, Urt. v. 22.11.1962; Bd. 36, S. 218 (222), Urt. v. 28.10.1970; VGH Kassel, ZBR 1965, S. 312, Urt. v. 13.04.1964.
 - 4) Die Vorschrift ist von den meisten Ländern wörtlich (§ 90 Satz 1 und 2 BWLBG, Art. 86 BayBG, § 43 Abs. 1 BerlLBG, § 78 BreBG, § 82 HmbBG, § 92 Abs. 1 HBG, § 85 Satz 1 und 2 NWLBG, § 87 Satz 1 und 2 RPLBG, § 92 SBG, § 95 Abs. 1 SHLBG), von Niedersachsen (§ 87 Abs. 1 NSLBG) fast wörtlich übernommen worden.
 - 5) VGH Kassel, HessVGRspr. 1977, S. 33, Urt. v. 16.03.1977; BVerwG, Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 66, Beschl. 15.07.1977; Fürst, GKÖD, I K § 8 RN. 31; Tietgen, DVBl. 1963, S. 513; Solte, ZBR 1972, S. 111; Crisolli/Schwarz, § 92 Anm. 3 c.
 - 6) Ipsen, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 193; Jess, Bonner Kom., Art. 33 Anm. II 3; v. Mangoldt/Klein, Art. 33 Anm. IV 1; Giese/Schunck, Kom. zum GG, S. 88; Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), S. 294.

sei durch Art. 33 Abs. 2 GG nicht geschmälert, da sich dessen Bedeutung in der Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes erschöpfe¹⁾.

Die heute überwiegende Meinung in der Literatur²⁾ begreift die Zugangsregelung in Art. 33 Abs. 2 GG - wie die Rechtsprechung - als Rechtsanspruch des Bewerbers auf ermessensfehlerfreie Entscheidung unter gleichzeitiger Beachtung des Leistungsgrundsatzes³⁾.

-
- 1) Diese Ansicht wurzelt noch im Rechtsdenken der Weimarer Zeit, wo man dem Art. 128 WRV eine nur geringe Bedeutung beimaß; vgl. Anschütz, Die Verfassung, Art. 128 Anm. 2; Giese, Kom. zur WRV, Art. 128 Anm. 1; Nipperdey, Die Grundrechte, S. 216; Anschütz, Lehrbuch, Bd. 2, S. 584; Anschütz/Thoma, Handbuch, Bd. 2, S. 37.
 - 2) Plog/Wiedow/Beck, § 8 RN. 21; § 23 RN. 8; Scheerbarth/Höffken, Beamtenrecht, S. 154; Fürst, GKÖD, I K § 5 RN. 13 u. § 8 RN. 31; Wolff/Bachof, Verw. Recht, Bd. 2, § 110 I a u. § 112 II a 1; Isensee, Festgabe BVerwG, S. 337 (351); Heise, ZBR 1969, S. 165; Ule, Die Grundrechte, Bd. IV/2, S. 585; ders., Beamtenrecht, § 8 BRRG RN. 5; Lecheler, DVBl. 1978, S. 585 (590); Redeker/v.Oertzen, § 42 RN. 119; Kopp, VwGO, § 42 RN. 108 u. § 113 RN. 89; Zinn/Stein, HV, Art. 134 Erl. IV/2; v.Münch, Bes. VerwRecht, S. 27 f.; Matthey, in: v.Münch, GG, Bd. 2, Art. 33 RN. 25; Hamann/Lenz, Art. 33 Anm. B 2; Schack, ZBR 1961, S. 226; Trenckner, a.a.O., S. 7; Wiese, Staatsdienst, S. 215; v.Hippel, Zugang, S. 13 ff.; Fricke, Ämterpatronage, S. 108 ff.; Vallendar, DÖD 1973, S. 4; v.Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 103 (108); Hacker, BayVB1. 1979, S. 450.
Einen Ermessensspielraum bejahen ebenfalls Fischbach (§ 8 BBG Anm. III; § 23 Anm. IV; § 79 Anm. III 9 a) u. Crisolli/Schwarz (§ 92 Anm. 3 c S. 118), lehnen jedoch einen Beförderungsanspruch wegen Reduzierung des Ermessensspielraumes mit der Begründung ab, dieser Anspruch könne nur auf Schadensersatz gehen.
 - 3) Ein dem Dienstherrn zustehendes Ermessen verneinen: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 17; Battis, JZ 1972, S. 384 (388); v.Münch, Bes. VerwRecht, S. 28 Fußn. 122; Schick, ZBR 1967, S. 297 (300); ders., DVBl. 1975, S. 741; Ule, Die Grundrechte, Bd. IV/2, S. 585; Tietgen, Hundert Jahre, S. 343; ders., DVBl. 1963, S. 513.

In neuerer Zeit finden sich mehrfach Stellungnahmen für einen Beförderungsanspruch des Beamten: Sei ein Beförderungssamt zu vergeben, habe der aus dem Bewerbungsverfahren als der "Beste" hervorgehende Bewerber einen Anspruch auf Übertragung des zur Vergabe stehenden Amtes; für ein Auswahlermessen des Dienstherrn sei solchenfalls kein Raum mehr¹⁾.

3. Beförderungsanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG?

Kardinalpunkt für die Lösung der Frage, welche Rechte einem Bewerber um ein Beförderungssamt zustehen, ist Art. 33 Abs. 2 GG; nur diese Verfassungsnorm kann einen möglichen Beförderungsanspruch tragen²⁾³⁾.

- a. Ein "allgemeiner Rechtsanspruch auf Beförderung" im Sinne eines originären Leistungsrechtes⁴⁾ besteht nicht⁵⁾.

-
- 1) Brinkmann, Grundrechtskom., Art. 33 Anm. I 2 d; Schick, DVBl. 1975, S. 741 (745); Battis, JZ 1972, S. 384 (388); Konow, ZBR 1973, S. 170 (171); Günther, ZBR 1979, S. 93 (100); Jung, Zugang, S. 161; Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 641 (651); ders., DÖV 1980, S. 291; Lecheler, Jura 1979, S. 415.
Fraglich ist jedoch, ob sich danach das Problem nicht nur auf das Beurteilungswesen verlagert.
 - 2) Zu den weiteren Möglichkeiten, einen Beförderungsanspruch zu begründen, siehe unten Erl. 4. ff.
 - 3) Zur fehlenden Anwendbarkeit von Art. 12 Abs. 1 vgl.: Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 644 ff; Isensee, Festgabe BVerwG, S. 347 ff.
 - 4) Vgl. v. Mutius, VerwArch. Bd. 64, (1973), S. 183 ff.
 - 5) Schack, ZBR 1961, S. 225; Rübner, DÖV 1962, S. 801; Solte, ZBR 1972, S. 109; Schick, DVBl. 1975, S. 741 (745); v. Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 107; Isensee, Festgabe BVerwG, S. 343; Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 643 ff., der die Konsequenzen eines derartigen "Anspruchs auf Karriere" aufzeigt.

Es ist schlechthin unmöglich, daß jeder beamtete Staatsbürger, selbst wenn er für ein bestimmtes höheres Amt fachlich und menschlich geeignet ist, auch einen Rechtsanspruch auf Übertragung dieses Amtes hat¹⁾.

Ein derartiger Anspruch könnte allein schon durch Zeitablauf²⁾ verletzt werden und findet daher in Art. 33 Abs. 2 GG keine Stütze; diese Norm legt ja gerade fest, daß der Zugang zu (Beförderungs-) Ämtern sich ausschließlich nach der Qualifikation der Bewerber richtet und andere Kriterien nicht maßgeblich sein dürfen³⁾. Art. 33 Abs. 2 GG schließt daher nicht aus, daß ein weniger günstig - wenn gleich noch als geeignet anzusehend - beurteilter Bewerber von Beförderungen ausgeschlossen bleibt⁴⁾.

Ferner wäre ein allgemeiner Beförderungsanspruch mit der Befugnis der Verwaltung, die Verleihung von Ämtern abzulehnen, deren Neubesetzung für die Erfüllung der hoheitlichen Aufgaben momentan nicht erforderlich ist, unvereinbar. Die Entscheidung darüber, ob ein Amt überhaupt besetzt werden soll, fließt nämlich aus der Personalgewalt des Dienstherrn⁵⁾. Diese umfaßt einerseits die Befugnis zur

1) Daß für eine Beförderung nicht in Betracht kommen kann, wer die für das Beförderungsamt notwendigen Qualifikationen nicht erfüllt, folgt eindeutig aus dem Leistungsgrundsatz (v.Münch, Bes. VerwRecht, S. 27).

2) Vgl. dazu die früher mögliche Regelbeförderung.

3) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 21; Krüger, Das Leistungsprinzip, S. 5. In besonders gelagerten Fällen kann das Leistungsprinzip durch das Demokratiegebot oder das Sozialstaatsprinzip überlagert werden, vgl. § 13 BLV und Art. 36 Abs. 1 Satz 2, 131, 139 GG.

4) Schick, DVB1. 1975, S. 745.

5) Battis, JZ 1972, S. 384 (387); Isensee, Festgabe BVerwG, S. 338; zur Personalgewalt ausführlich: Lecheler, Die Personalgewalt, S. 109 ff.

Vornahme personeller Einzelentscheidungen, sie reicht darüberhinaus aber auch in das Vorfeld der Beförderung, die Entscheidungsfindung, hinein¹⁾. Die Entscheidungen in diesem Bereich haben sich aber in erster Linie an den Erfordernissen einer leistungsgerechten und sparsamen Verwaltung, d. h. an der möglichst effektiven Erfüllung öffentlicher Aufgaben auszurichten (§§ 6 Abs. 1, 19 Abs. 2 HGrG; §§ 7 Abs. 1, 34 Abs. 2 BHO). Art. 33 Abs. 2 GG beinhaltet für diese Phase der Verwaltungsorganisation keine Regelung: Die Vorschrift gewährt den Zugang nicht bei Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, sondern nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Durch diese Postulation des Leistungsgrundsatzes, der die Pflicht zur Gleichbehandlung der Bewerber auf dieser Grundlage umschließt, setzt die Vorschrift die grundsätzliche Geeignetheit eines Bewerbers in fachlich-persönlicher Hinsicht voraus und verlangt eine Auslese der Bewerber. Er greift damit erst ein, nachdem die staatliche Entscheidung, eine freie Planstelle zu besetzen, gefallen ist, nicht vorher²⁾.

Ein allgemeiner Beförderungsanspruch würde darüberhinaus einen Anspruch auf Schaffung öffentlicher Ämter voraussetzen, da die Beförderung haushaltsrechtlich zwingend an das Bestehen einer besetzbar zur Verfügung stehenden Planstelle geknüpft ist (§§ 28 Abs. 1 HGrG, 49 Abs. 1 BHO). Ein derartiger

-
- 1) Lecheler, Personalgewalt, S. 109 ff. m.w.N.; zur Abgrenzung von der Organisationsgewalt: Lecheler, Personalgewalt, S. 74 ff.; Schick, DVBl. 1975, S. 742. Isensee (Festgabe BVerwG, S. 338) und v.Mutius (VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 107) verwenden demgegenüber hier den Begriff "Organisationsgewalt". Vgl. dazu eingehend: Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 87 ff.
 - 2) Zu den Bindungen, insbesondere der kommunalen Personalhoheit: Lecheler, Personalgewalt, S. 43 ff., 226 f.

Anspruch kann aber Art. 33 Abs. 2 GG nicht entnommen werden¹⁾. Anderenfalls hätte ein Bewerber die Möglichkeit, mit Hilfe der Gerichte das Budgetrecht der Parlamente und die Personalgewalt des Dienstherrn zu unterlaufen und die Schaffung neuer Amtsstellen durchzusetzen²⁾. Eine Vergrößerung der Zahl öffentlicher Ämter erfolgt indessen ausschließlich im Haushaltsplan durch den Gesetzgeber, der sich von den Erfordernissen einer ausreichenden und möglichst effektiven Erfüllung der öffentlichen Aufgaben leiten zu lassen hat und dem innerhalb dieses Gesetzgebungsverfahrens ein weites Regelungsermessen zukommt³⁾.

- b. Andererseits gibt Art. 33 Abs. 2 GG mehr als ein bloßes "Recht auf Bewerbung"⁴⁾. Ein gleiches Recht auf Bewerbung hätte keiner besonderen verfassungsmäßigen Normierung bedurft; das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG hätten insofern genügt⁵⁾. Art. 33 Abs. 2 GG müßte solchenfalls als bloßes inhaltsleeres Verfassungspostulat abgetan werden - seine Streichung aus dem Grundgesetz wäre die notwendige Folge⁶⁾.

1) "Ämter" i.S.d. Vorschrift sind nur tatsächlich vorhandene Ämter.

2) Wolff/Bachof, VerwRecht, Bd. 2, § 78 I a; v. Mutius (VerwArch, Bd. 69 (1978), S. 103 (107)) befürchtet sogar, daß dies zur Bejahung eines allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruchs führen würde. Vgl. dazu ferner: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 12 RN. 51 und Art. 33 RN. 19 (Fußn. 5).

3) Ule, Die Grundrechte, Bd. IV/2, S. 585.

4) So immerhin noch: Ipsen, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 193; Jess, Bonner Kom., Art. 33 Anm. II 3.

5) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 16.

6) Es nimmt angesichts dessen auch nicht wunder, daß diese Folgerung unter Hinweis auf die praktische Bedeutungslosigkeit der Vorschrift bereits gezogen worden ist, Ipsen, a.a.O., S. 193.

Dies läßt sich aber mit der oben¹⁾ festgestellten Rechtsnatur des Art. 33 Abs. 2 GG nicht in Einklang bringen: Die Vorschrift ist unmittelbar geltendes Recht²⁾ und enthält durch die Normierung des Leistungsgrundsatzes die Gebundenheit des Dienstherrn bei der Beförderungsentscheidung an die Qualifikation des Bewerbers sowie die Pflicht zur Gleichbehandlung auf dieser Basis³⁾. Die Wirkung dieser Regelung kann sich aber sinnvollerweise nur in dem Auswahlverfahren selbst zeitigen, d. h. Art. 33 Abs. 2 GG gewinnt seine praktische Relevanz erst bei der Behandlung der Bewerbung durch den Dienstherrn; der Leistungsgrundsatz, der die sachgerechte Auswahl der Bewerber verlangt, setzt das "Recht", sich zu bewerben, als gegeben voraus.

- c. Art. 33 Abs. 2 GG enthält vielmehr ein subjektives Recht auf Beförderung des nach rechtmäßigem Abschluß eines Bewerbungsverfahrens um ein unwiderprüflich besetzbar zur Verfügung stehendes Beförderungssamt bestqualifizierten Beamten⁴⁾!
- aa. Die diesem Anspruch zugrunde liegende Situation erfordert das Vorliegen von folgenden Voraussetzungen:

-
- 1) Siehe oben Teil II., Erl. 1 a cc.
 - 2) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 11; Jess, Bonner Kom., Art. 33 Erl. II 3. Zum Grundrechtscharakter des Art. 33 Abs. 2 GG vgl. einerseits: Isensee, Festgabe BVerwG, S. 351; Säger, ZBR 1974, S. 128 (131) und andererseits: Stern, Berufsbeamtentum, S. 193 (202).
 - 3) V.Mangoldt/Klein, Art. 33 Anm. II 1 a; Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 648.
 - 4) So Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 650 ff.; Schick DVB1. 1975, S. 745; Günther, ZBR 1979, S. 100; Jung, Zugang, S. 160 ff.; Lecheler, Jura 1979, S. 415; Battis, JZ 1972, S. 384 (386 ff.); Fürst/Günther, GG, S. 192; Brinkmann, Grundrechte, Art. 33 Anm. I 2 g; Konow, ZBR 1973, S. 170.

- (1) Haushaltsrechtlich steht eine Planstelle für das Beförderungsamts zur Verfügung.
- (2) Der Dienstherr hat die (unwiderrufliche) Entscheidung getroffen, die besetzbar zur Verfügung stehende Planstelle mit einem geeigneten Beamten zu besetzen¹⁾.

Bei der Beurteilung dieser Frage, nämlich ob die offene Stelle überhaupt besetzt werden soll, besteht ein Ermessensspielraum des Dienstherrn²⁾. Dieser Ermessensspielraum ist Ausfluß der Personalhoheit des Dienstherrn³⁾, da die Personalhoheit insbesondere die Befugnis des Dienstherrn zur Vornahme von personellen, administrativen Einzelentscheidungen umfaßt. Die Verwaltung befindet grundsätzlich frei darüber, ob eine offene Stelle besetzt wird. Sie besitzt im Rahmen der "finanzrechtlichen Gewaltenteilung" eine eigenverantwortliche Entscheidungskompetenz zur Ausfüllung des Haushaltsplanes⁴⁾. Dieser Ermächtigung des Etats korrespondiert (nach allerdings bestrittener Auffassung) keine Verpflichtung zu ihrer Ausübung⁵⁾. Die

-
- 1) Battis, JZ 1972, S. 384 (386); Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 650.
 - 2) BVerwGE Bd. 15, S. 3 (7), Urt. v. 30.08.1962; Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 66, Beschl. v. 15.07.1977; VGH Kassel, HesVGRspr. 1977, S. 49, Urt. v. 30.03.1977; BayVG München, ZBR 1977, S. 69, Urt. v. 13.10.1976; OVG Rhld.-Pf., ZBR 1975, S. 117, Urt. v. 04.09.1974; Bachof, JZ 1966, S. 436 (440).
 - 3) BVerfGE Bd. 9, S. 268 (282), Urt. v. 27.04.1959; Bd. 17, S. 172 (182), Beschl. v. 26.11.1963; BVerwGE Bd. 15, S. 3 (7), Urt. v. 30.08.1962.
 - 4) Isensee, Festgabe BVerwG, S. 338. Vgl. dazu §§ 6, 8, 19 Abs. 2 HGrG; 7, 34 Abs. 2 BHO.
 - 5) Vgl. dazu und zu dem bestehenden Meinungsstreit: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 110 RN, 10 m.w.N.; Strickrodt, Finanzrecht, S. 92.

Verwaltung ist lediglich gehalten, bei der Entscheidung darüber, ob die offene Stelle besetzt werden soll, die Interessen einer effektiven und sparsamen Verwaltung, in zweiter Linie aber auch die Interessen des einzelnen Beamten an einem angemessenen beruflichen Aufstieg zu berücksichtigen. Diesen Entscheidungsvorgang kennzeichnet das Abwägungsmoment, mithin die Ermessensbetätigung, wobei die Entscheidung der Behörde von sachgerechten und ermessensfehlerfreien Überlegungen getragen sein muß. Dieses sogenannte Auswahlermessen steht gleichberechtigt neben der Leistungsbeurteilung und wird durch das Zugangsregulativ des Art. 33 Abs. 2 GG nicht gebunden¹⁾.

- (3) Der Bewerber um das Beförderungsamts wurde im Vergleich zu mehreren ausreichend qualifiziert beurteilten Bewerbern am besten beurteilt²⁾.

"Bestqualifikation" bedeutet hier nicht nur das objektive Vorliegen der Merkmale "Eignung, Befähigung und fachliche Leistung", sondern deren rechtmäßige positive Feststellung durch den Dienstherrn im Beförderungsverfahren. Bei der Beurteilung der Bewerber hat der Dienstherr die Auslese nach dem Leistungsgrundsatz vorzunehmen. Durch die erschöpfende Aufzählung der allein zulässigen Auswahlkriterien in Art. 33 Abs. 2 GG steckt die Verfassung den auf der Tatbestandsseite möglichen Rahmen der Überlegungen des Dienstherrn ab. Dabei handelt

1) Isensee, Festgabe BVerwG, S. 339.

2) Ein Beförderungsanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG kann nur dem bestqualifizierten Bewerber erwachsen. Dies folgt bereits aus der Ablehnung eines "allgemeinen" Beförderungsanspruches auch für einen weniger geeigneten Bewerber; vgl. Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 650.

es sich bei den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Normbegriffen um "unbestimmte Rechtsbegriffe", die ausfüllungsbedürftig sind. Bei der in dem jeweiligen Bewerbungsverfahren konkreten "Ausfüllungssituation" kommt dem Dienstherrn ein Beurteilungsspielraum¹⁾ (ähnlich wie bei Prüfungsentscheidungen²⁾) zu. Dieser Beurteilungsspielraum stellt sich als ein konkreter Akt wertender Erkenntnis des Dienstherrn dar. Er ist gerichtlich nur darauf hin überprüfbar, ob der Dienstherr die Begriffe verkannt und bei seinen Erwägungen unsachliche Aspekte hat einfließen lassen, ob der Beurteilung ein unrichtiger Sachverhalt zugrunde gelegt und ob allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet worden sind³⁾⁴⁾⁵⁾.

-
- 1) BVerfGE Bd. 39, S. 334 (354), Beschl. v. 22.05.1975; BVerwG, Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 66, Urt. v. 15.07.1977; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 33 RN. 19.
 - 2) Vgl. dazu: Oldiges, Jur. Analysen 1970, S. 3 ff.
 - 3) Fürst, GKÖD, I K § 8 RN. 18; BVerfGE Bd. 8, S. 272, Urt. v. 24.04.1959; Bd. 26, S. 65 (74), Urt. v. 25.01.1967; Wolff/Bachof, VerwRecht, Bd. 1 § 31 I b 3 und I c 4; einen Überblick zu dieser Frage verschafft Redecker/v.Oertzen, § 114 RN. 10 ff.
 - 4) Zu den zahlreichen Versuchen, den Beurteilungsspielraum sowie das Auswahlermessen - etwa durch eine Stellenausschreibung - einzuengen und zu kontrollieren vgl.: Fricke, Ämterpatronage, S. 108 ff.; v.Hippel, Gleicher Zugang, S. 14 ff.; Ermacora, Öffentliche Ausschreibung, S. 9 ff.
 - 5) Eine Einschränkung des Beurteilungsspielraumes kann auch durch sozialstaatliche Erwägungen erfolgen, indem dem Dienstherrn eine Verpflichtung zu bevorzugter Einstellung bestimmter Personengruppen auferlegt wird. Vgl. dazu das Gesetz über die Hilfsmaßnahmen für Heimkehrer - HKG - v. 16.09.1950 (BGBl. I S. 221), das Wiedergutmachungsgesetz - BWGÖD - v. 11.05.1951 (BGBl. I S. 291), § 4 Abs. 1 Schwerbehindertengesetz - SchwbG - v. 16.06.1953 (BGBl. I S. 389) und §§ 9, 10 Soldatenversorgungsgesetz - SVG - v. 26.07.1957 (BGBl. I S. 785). Diesen Personengruppen gewährt der Staat Unterstützung, indem das Leistungsprinzip durch besondere Einzelfallumstände überlappt wird.

Dieser Beurteilungsspielraum des Dienstherrn besteht dabei zum einen bei der konkreten "Ausfüllung" der Normbegriffe des Art. 33 Abs. 2 GG, darüber hinaus aber auch bei der Entscheidung, welchem Umstand, d. h. welchem Eignungsmerkmal das größte Gewicht beigemessen wird¹⁾. Dieser Bewertungsvorgang ist ebenfalls noch Bestandteil der Beurteilungsermächtigung des Art. 33 Abs. 2 GG und nicht als Ermessensbetätigung anzusehen²⁾; Ermessen ist nämlich immer nur auf der Rechtsfolgen-, nicht aber auf der Tatbestandsseite denkbar³⁾.

- bb. Bei kumulativem Vorliegen dieser drei Voraussetzungen kann eine Beförderungspflicht des Dienstherrn nicht mehr verneint werden. Dem kann auch nicht mit dem Hinweis darauf begegnet werden, dem Dienstherrn stehe nach (positivem) Abschluß des an Art. 33 Abs. 2 GG ausgerichteten Beurteilungsverfahrens noch ein "Ermessen" bei der Entscheidung über die Beförderung des Bewerbers zu⁴⁾.

Für ein Ermessen des Dienstherrn im Rahmen des Beurteilungsverfahrens ist schon nach dem klaren Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 GG kein Raum mehr⁵⁾. Die Beurteilung des Bewerbers anhand der genannten Auswahlkriterien stellt sich nämlich als reine Rechtsentscheidung dar. Danach sind Eignung, Be-

1) Vgl. dazu eingehend: Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 64; Leisner, Grundlagen, S. 72; Neeße, Leistungsgrundsatz, S. 85; Reinhard, ZBR 1972, S. 2; Fürst, GKÖD, I K § 8 RN. 2 und 22; BVerwGE Bd. 6, S. 347 (348 ff.), Urt. v. 20.05.1958.

2) A.A. die h. M.: BVerwGE Bd. 15, S. 3 (9), Urt. v. 30.08.1962; Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 66, Urt. v. 15.07.1977; Fürst, GKÖD, I K § 8 RN. 18.

3) Knack, VwVfG, § 40 RN. 6; Kopp, VwGO, § 114 RN. 3, 11 ff.; BVerwGE Bd. 39, S. 355, GmS OGB, Beschl. v. 19.10.1971.

4) So aber die h. M., vgl. Nachweise oben S. 91 Fußn. 2, 3 und 4 sowie S. 94 Fußn. 2.

5) OVG Rhld.-Pf., ZBR 1975, S. 117, Urt. v. 04.09.1974.

fähigung und fachliche Leistung die einzig zulässigen Kriterien bei der Beförderungsentcheidung; den berechtigten Belangen des Dienstherrn ist im Rahmen des insoweit eingeräumten Beurteilungsspielraumes über die Einstellungsvoraussetzungen ausreichend Rechnung zu tragen¹⁾. Daraus erhellt, daß nach Vollzug der Ernennungsentscheidung darüber, ob das zur Besetzung anstehende Amt überhaupt vergeben werden soll und nach der sich als ein Akt wertender Erkenntnis darstellenden Leistungsbeurteilung des Bewerbers gemäß Art. 33 Abs. 2 GG weitere Ermessensbetätigungen nicht angestellt werden dürfen, da diese keine sachgerechten, mit dem Leistungsgrundsatz zu vereinbarenden Überlegungen mehr zum Inhalt haben können.

Auch die Personalgewalt des Dienstherrn kann in diesem Stadium des Beförderungsverfahrens nicht mehr zur Ermessensbegründung herangezogen werden²⁾. Personalgewalt und Leistungsbeurteilung stehen unabhängig nebeneinander; beide verfolgen jeweils in verschiedenen Phasen des Beförderungsverfahrens den Zweck, (auch) die im Beförderungsverfahren zutage tretenden Belange des Dienstherrn an einer effektiven und sparsamen Verwaltung zu wahren. Es ist aber gerade im Interesse dieser Verwaltung, jedes Amt mit einem möglichst qualifizierten Bewerber zu besetzen. Es kann daher nicht Aufgabe der Personalgewalt sein, die Beförderung des nach der Leistungsbeurteilung durch den Dienstherrn feststehenden bestqualifizierten Bewerbers zu verhindern³⁾.

-
- 1) Lecheler, Jura 1979, S. 415; Günther, ZBR 1979, S. 100; Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 651.
 - 2) So aber die Rspr.: BVerwG, Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 30, Urt. v. 23.02.1970 m.w.N.; VGH Kassel, HessVGRspr. 1975, S. 89, Urt. v. 29.02.1975.
 - 3) Battis, JZ 1972, S. 384 (387); Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 651.

cc. Da Art. 33 Abs. 2 GG - zumindest auch - den Schutz der Interessen des einzelnen Bewerbers bezweckt¹⁾, bewirkt die objektivrechtlich bestehende Gebundenheit des Dienstherrn bei seiner Entscheidung an die durch den Leistungsgrundsatz normierten Auswahlkriterien den subjektiv-rechtlichen Rechtsanspruch des sonach bestqualifizierten Bewerbers auf Vornahme der Beförderung.

dd. Eine Ermessensbetätigung nach Abschluß des Beurteilungsverfahrens ist auch für den in der Praxis wohl nur selten vorkommenden Fall, daß für die Besetzung eines Beförderungsamtes mehrere nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung völlig gleich bewertete Bewerber zur Auswahl stehen, weder erforderlich noch rechtlich zulässig²⁾, weil Ermessen eine abwägende Differenzierung voraussetzt.

In diesem Sonderfall ist zunächst festzustellen, daß die alleinige Anwendung der durch den Leistungsgrundsatz normierten Auswahlkriterien zu keinem Ergebnis geführt hat; kein Bewerber ist als der bestqualifizierte aus dem Beförderungsverfahren hervorgegangen. Daraus folgt, daß auch die objektive Verpflichtung des Dienstherrn zur Einstellung des besten Bewerbers noch nicht in einen subjektiven Beförderungsanspruch des einzelnen umgeschlagen ist³⁾. Bei dieser Sachlage gewinnt die Fürsorgepflicht des Dienstherrn an Bedeutung⁴⁾. Kraft der sich hieraus ergebenden Verpflichtung zu Sachlich-

1) Wegen der dogmatischen Begründung des subjektiv-rechtlichen Charakters von Art. 33 Abs. 2 GG wird auf die Ausführungen in Teil II. (Erl. 1 a cc) Bezug genommen.

2) So aber: Günther, ZBR 1979, S. 100 f.; v. Mutius, VerwArch. Bd. 69 (1978), S. 108; Fürst, GKÖD, I K § 8 RN. 31.

3) Willke, JZ 1980, S. 441.

4) Zur Fürsorgepflicht eingehend unten Erl. 4.

keit, Gerechtigkeit und Wohlwollen gegenüber den Bewerbern wird der Dienstherr in die Lage versetzt, im Rahmen der Leistungsbeurteilung einen bestimmten Bewerber auszuwählen¹⁾²⁾.

Der einzelne Beamte hat solchenfalls lediglich einen subjektiven Anspruch auf sachgerechte und fehlerfreie Beurteilung und Auswahl unter Beachtung der Fürsorgepflicht.

d. Ergebnis:

Art. 33 Abs. 2 GG verleiht dem einzelnen Beamten einen Anspruch auf Beförderung dann³⁾, wenn er auf-

- 1) Die Anwendung der Fürsorgepflicht auf die Auswahl unter gleichqualifizierten Bewerbern wird meist als Ermessensbetätigung verstanden (so z. B. OVG Rhld.-Pf., RIA 1975, S. 98, Urt. v. 04.09. 1974), ist aber der Sache nach Bestandteil der Beurteilungsermächtigung des Art. 33 Abs. 2 GG (vgl. Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 653).
- 2) Willke, JZ 1980, S. 441; Jung, Zugang, S. 161.
- 3) Dieses Recht des Bewerbers steht allerdings unter der Voraussetzung, daß der Dienstherr die uneingeschränkte und unwiderrufliche Entscheidung getroffen hat, die besetzbar zur Verfügung stehende Planstelle vergeben zu wollen. Diese Entscheidung muß nicht nur bei Beginn, sondern vor allem bei Beendigung des Auswahlverfahrens vorhanden sein. Hat also der Dienstherr einen Bewerber für geeignet erachtet, trifft er aber am Ende des Auswahlverfahrens aus bestimmten sachlich gerechtfertigten Erwägungen die Ermessensentscheidung, die freie Planstelle vorerst nicht zu besetzen, ist dieses Verhalten rechtlich nicht zu beanstanden; die Behörde hat dem Erfordernis der sachgerechten Beurteilung Genüge getan und ihre Entscheidung, überhaupt keinen Bewerber zu befördern, kommt nicht unter Verstoß gegen den Leistungsgrundsatz zustande, da sie nicht einen weniger geeigneten befördert, sondern gar keine Ernennung durchführt. Die Schwelle zur angreifbaren Außenwirkung überschreitet der Dienstherr erst mit der Ernennung des anderen Bewerbers unter Verletzung des Leistungsgrundsatzes. Weder die vorherige Ausschreibung der freien Planstelle noch die Durchführung eines Ausleseverfahrens binden diesen Entscheidungsfreiraum.

grund seiner rechtmäßigen Beurteilung durch den Dienstherrn für das Beförderungsamts hinreichend befähigt ist und aus dem Bewerbungsverfahren als der bestqualifizierte Bewerber hervorgegangen ist¹⁾.

Diese Deutung des Art. 33 Abs. 2 GG findet ihre Bestätigung in Wortlaut und Rang der Norm²⁾ und wird dem subjektiv-rechtlichen Charakter der Vorschrift und dem daraus folgenden Individualrechtsschutz am ehesten gerecht. Nur die Gewährleistung eines wirksamen Rechtsschutzes vermag sicherzustellen, daß der öffentliche Zweck der Vorschrift erfüllt werden kann. Die Möglichkeit der Durchsetzbarkeit eines Rechtsanspruches und damit der gerichtlichen Kontrolle einer Personalentscheidung in dem oben beschriebenen Rahmen vermindert einerseits die Gefahr der Ämterpatronage und stärkt das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Staatsapparat, läßt aber andererseits der Verwaltung noch genügend Entscheidungsfreiraum. Die strikte Beachtung des Leistungsgrundsatzes fördert das staatsorganisatorische Interesse, die freie Planstelle mit einem möglichst hoch qualifizierten Bewerber besetzen zu können. Die Kontrollmöglichkeit der Personalauslese durch Gewährleistung von wirksamem gerichtlichem Rechtsschutz bewirkt die Verwirklichung des Grundrechtes der Zugangsgleichheit - freiheits-sichernde und leistungsstaatliche Funktion³⁾ des Art. 33 Abs. 2 GG werden konkretisiert.

-
- 1) Hat der Dienstherr den Beurteilungsspielraum rechtswidrig ausgefüllt, kann das Gericht nicht seine Beurteilung anstelle der Behörde setzen und entscheiden (Kopp, VwGO, § 113 RN. 84). Solchenfalls muß die Behörde die Beurteilung erneut vornehmen. Dieser Anspruch des Klägers folgt aber bereits aus allgemeinen Grundsätzen.
 - 2) Zur Entstehungsgeschichte vgl. oben Teil II., Erl. 1 a cc.
 - 3) Zum "Teilhabecharakter" des Art. 33 Abs. 2 GG vgl. Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 649 m.w.N.

4. Beförderungsanspruch aus Fürsorgepflicht?

- a. Da angesichts der Vielschichtigkeit des Amterbe-
setzungsvorganges und der in diesem Rahmen mög-
lichen Vielfalt sachgerechter Erwägungen ein Be-
förderungsanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG nur in
Ausnahmefällen entstehen kann, ist in neuerer Zeit
bereits mehrfach der Versuch unternommen worden,
die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht (§ 79 BBG)¹⁾
als Rechtsgrundlage für die Begründung eines ge-
nerellen subjektiv-öffentlichen Rechtes auf Be-
förderung heranzuziehen²⁾.

Danach soll der Fürsorgepflicht des Dienstherrn
ein Erfüllungsanspruch des Beamten korrespondieren,
der im Falle des bestqualifizierten Bewerbers im
Beförderungsverfahren aufgrund der beamtenrecht-
lichen objektivgesetzlichen Verpflichtung des
Dienstherrn auf Beförderung gerichtet ist³⁾; sei
der Bewerber der Beste, könne der Dienstherr seine
Pflicht zu Sachlichkeit, Gerechtigkeit und Wohl-
wollen nur durch Vornahme der Beförderung erfül-
len⁴⁾.

-
- 1) Eingehend zu ihrem Inhalt: Lecheler, ZBR 1972,
S. 129 ff.; BVerwGE Bd. 15, S. 3 (7), Urt. v.
30.08.1962; Bkl. 43, S. 154 (165), Beschl. v.
15.12.1976.
- 2) So: Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 654; Günther,
ZBR 1979, S. 101; Tietgen, Hundert Jahre, S. 344;
Scheerbarth/Höffken, S. 100, die indes einräu-
men, daß die Fürsorgepflicht nur zur Verstär-
kung des Art. 33 Abs. 2 GG diene.
- 3) Einen "allgemeinen" Beförderungsanspruch aus
Fürsorgepflicht hat bis jetzt nur Schack (ZBR
1961, S. 226 ff.) bejaht.
- 4) Die h. M. begreift demgegenüber die Fürsorge-
pflicht als ein das Auswahlermessen des Dienst-
herrn einschränkendes Bindungselement; Solte,
ZBR 1972, S. 111; BVerwGE Bd. 19, S. 252 (254),
Urt. v. 17.09.1964; Bd. 24, S. 92 (96), Urt. v.
12.05.1966; Bd. 28, S. 155 (167), Urt. v. 26.10.
1967; ZBR 1976, S. 121 (123), Urt. v. 09.10.
1975; VGH Kassel, HessVGRspr. 1977, S. 33, Urt.
v. 16.03.1977. A.A. damals: BVerwGE Bd. 15,
S. 3 (7), Urt. v. 30.08.1962.

b. Fraglich ist, ob die Fürsorgepflicht einen Beförderungsanspruch des Beamten zu begründen vermag.

aa. Die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht ist Bestandteil des Treueverhältnisses und hat ihre rechtliche Wurzel in Art. 33 Abs. 5 GG; ihr kommt demnach unmittelbarer Verfassungsrang zu¹⁾. Begrifflich versteht man unter der Fürsorgepflicht die Verpflichtung des Dienstherrn, sich gegenüber seinen Beamten unter Außerachtlassung aller sachwidrigen Erwägungen ausschließlich von Gerechtigkeit und Wohlwollen leiten zu lassen²⁾; der Dienstherr muß im Rahmen des bestehenden Dienst- und Treueverhältnisses für das Wohl seiner Beamten sorgen und sie in ihrer Stellung als Beamte schützen; er ist gehalten, den Beamten richtig und sachlich zutreffend zu beurteilen, ihn vor Schaden zu bewahren und sein berufliches Fortkommen nicht mutwillig zu hindern; der einzelne Beamte darf insbesondere nicht aus verbotenen oder allgemein unsachlichen Erwägungen von einer Beförderung ausgeschlossen werden.

Der Schutzbereich der Fürsorgepflicht umfaßt somit die rechtliche Stellung des Beamten und erstreckt sich auf das gesamte Dienstverhältnis³⁾. Eine Be-

1) V.Münch, Bes. VerwRecht, S. 45; Lecheler, ZBR 1972, S. 129 (130).

2) Ule, Beamtenrecht, § 48 BRRG RN. 5 ff.; BVerwG, DÖV 1977, S. 139, Urt. v. 04.11.1976; VGH Kassel, HessVGRspr. 1974, S. 28, Urt. v. 13.06.1973.

3) Plog/Wiedow/Beck, § 79 RN. 5; Crisolli/Schwarz, § 92 Anm. 3 c; VGH Kassel, ESVGH Bd. 9, S. 231, Urt. v. 22.10.1959; Solte, ZBR 1972, S. 111 (Fußn. 14).

schränkung der Fürsorgepflicht auf das von dem Beamten jeweils begleitete Amt kann dem Wortlaut (z. B.) des § 79 BBG nicht entnommen werden¹⁾; die Fürsorgepflicht erwächst aus dem Beamtenverhältnis als solchem, nicht aus der konkreten Amtsstellung: sie ist personalgebunden, nicht amtsgebunden²⁾. Ihre jeweilige Konkretisierung erfährt die Fürsorgepflicht demgegenüber innerhalb des von dem Beamten jeweils begleiteten Amtes.

Auch der Rechtsakt der Beförderung gehört zu den Maßnahmen, die der Fürsorgepflicht unterfallen³⁾. Danach ist der Dienstherr verpflichtet⁴⁾, dem Be-

-
- 1) So aber die Rspr.: BVerwGE Bd. 15, S. 3 (7), Urt. v. 30.08.1962; Bd. 19, S. 252 (254), Urt. v. 17.09.1964; VGH Kassel, HessVGRspr. 1977, S. 33, Urt. v. 16.03.1977.
 - 2) V.Münch. Bes. VerwRecht, S. 65; Segger, ZBR 1973, S. 166 (168); Schütz/Ulland, § 35 LBG RN, S.
 - 3) BVerwG, Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 66, Beschl. v. 15.07.1977; VGH Kassel, HessVGRspr. 1977, S. 34, Urt. v. 16.03.1977; Ule, Beamtenrecht, § 48 BRRG RN. 5.
 - 4) Auf folgende in der Rspr. bekannt gewordene Fälle der durch eine Fürsorgepflicht bedingten "Ermessensreduzierung" sei hingewiesen:
BGHZ Bd. 15, S. 185, Urt. v. 11.11.1954: Der Dienstherr war anstelle eigener Ermessensausübung den von unsachlichen Erwägungen geprägten Forderungen dritter Stelle gefolgt.
BGHZ Bd. 21, S. 256, Urt. v. 12.07.1956: Ein Beamter war übergangen worden, weil er einer dem Dienstherrn nicht genehmen Gewerkschaft angehörte.
BGHZ Bd. 47, S. 84, Beschl. v. 13.02.1967: Die Schwerbeschädigteneigenschaft eines zur Beförderung anstehenden Beamten war mißachtet worden.
BayVGH n.F. Bd. 10, S. 110, Urt. v. 28.10.1957: Eine Bewerberin war aus politischen und persönlichen Gründen nicht eingestellt worden.
VGH Bad.-Würt., Urt. v. 10.08.1950, NJW 1950, S. 837: Keine Zulassungsbegrenzung in der Rechtsanwaltsordnung nur auf Landeskinder.
VGH Bad.-Würt., ESVGH Bd. 18, S. 33, Urt. v. 14.06.1967: Keine Benachteiligung eines besser geeigneten Bewerbers aus religiösen Gründen.
VGH Bad.-Würt., ZBR 1972, S. 308, Urt. v. 08.02.1972: Keine Nichtbeförderung bei ungerechtfertig-

amten das dienstliche Fortkommen entsprechend seiner Eignung und Leistung zu ermöglichen und alles zu unterlassen, was den beruflichen Aufstieg des Beamten hindern könnte¹⁾²⁾.

- bb. Gleichwohl kann der Fürsorgepflicht ein allgemeiner Beförderungsanspruch nicht entnommen werden: Fürsorgepflicht ist nicht gleich Beförderungspflicht³⁾!

Der Fürsorgepflicht des Dienstherrn sind nämlich Grenzen gesetzt.

Die Fürsorgepflicht ist eine Generalklausel, die als Anspruchsgrundlage stets dann, aber auch nur dann, eingreifen kann, wenn für einen einzelnen Rechtsbereich keine besondere grund- oder beamten-gesetzliche Regelung besteht⁴⁾. Existiert aber eine spezialgesetzliche Regelung für einen bestimmten Rechtsbereich, tritt die Fürsorgepflicht als eigenständige Anspruchsgrundlage zurück und ordnet sich

ten Vorwürfen eines ansonsten geeigneten Beamten. VG Berlin, ZBR 1974, S. 391, Urt. v. 05.06.1974: Keine unsachliche Bewertung einer geeigneten Beamtin. VG Berlin, ZBR 1976, S. 341, Urt. v. 25.08.1976: Fehlerhafte Beurteilung der Verfassungstreue einer Bewerberin. BayVG München, ZBR 1977, S. 69, Urt. v. 13.10.1976: Fehlerhafte Beurteilung der Verfassungstreue eines ansonsten geeigneten Bewerbers. Vgl. in diesem Zusammenhang ferner: BAG, NJW 1976, S. 1708, Urt. v. 31.03.1976 und VGH Bad.-Wü., DVB1. 1974, S. 49, Urt. v. 26.06.1973.

- 1) BVerfGE Bd. 43, S. 154 (165), Beschl. v. 15.12.1976.
- 2) Zum Umfang der richterlichen Nachprüfung bei Ermessensentscheidungen und zur Abgrenzung vom Beurteilungsspielraum: BVerwGE Bd. 39, S. 355, GmS OGB, Beschl. v. 19.10.1971.
- 3) So aber: Schack, ZBR 1961, S. 226; Günther, ZBR 1979, S. 101.
- 4) Ebert, Das Recht des öffentlichen Dienstes, D IV 3; Lecheler, ZBR 1972, S. 133; Plog/Wiedow/Beck, § 79 RN. 1.

in den Rahmen der betreffenden beamtenrechtlichen Normen ein; solchenfalls wird sie durch die speziellen Vorschriften des Beamtenrechts bestimmt und begrenzt¹⁾. Ansprüche, die über den nach beamtenrechtlichen Sonderregelungen möglichen Bereich hinausgehen, können auch aus der Fürsorgepflicht dann nicht hergeleitet werden.

Im Bereich des Beförderungswesens wird die Fürsorgepflicht zum einen von der Zugangsregelung in Art. 33 Abs. 2 GG überlagert. Danach ist die Leistung der einzig zulässige Auslesemaßstab für die Vergabe der öffentlichen Beförderungsämter; Beförderungen sind ausschließlich nach der fachlichen und menschlichen Qualifikation der Bewerber vorzunehmen. Diese Normierung der Beförderungsvoraussetzungen ist abschließend und begrenzt zugleich die umfassende Personalgewalt des Dienstherrn. Der Gesetzgeber hat dadurch der besonderen Situation des Beförderungsverfahrens unter Beachtung der verschiedenen Interessenlagen Rechnung getragen und durch die Einräumung der mit dem Leistungsgrundsatz verbundenen subjektiven Rechtsstellung des einzelnen Bewerbers den Umfang dieser Rechte abschließend festgelegt. Gerade der Charakter dieses ausgewogenen Kompromisses zwischen öffentlichem Interesse und Individualinteresse verbietet es, dem einzelnen Beamten über die in Art. 33 Abs. 2 GG normierten Rechte hinaus unmittelbar aus der Fürsorgepflicht zusätzliche Ansprüche einzuräumen²⁾³⁾.

1) BVerwGE Bd. 19, S. 332 (338), Urt. v. 19.10.1964; Bd. 28, S. 155 (162), Urt. v. 26.10.1967.

2) BVerwGE Bd. 19, S. 279 (283), Urt. v. 07.10.1964.

3) Der Umstand, daß ein Beamter über längere Zeit die Funktionen eines höher bewerteten Dienstpostens wahrgenommen hat, kann im Einzelfall zu einer Reduzierung des Beurteilungsspielraumes führen, weil die Fürsorgepflicht solchenfalls die Beförderung des bewährten Dienstposteninhabers verlangt; vgl. Schwegmann/Summer, BBesG, § 19 RN. 8; Summer, PersV 1978, S. 154.

Eine weitere Grenze der Fürsorgepflicht stellt das bei der Beförderung zu beachtende Effektivitätsgebot dar, wonach die freien Dienstposten im Interesse einer leistungsfähigen Verwaltung mit dem bestgeeigneten Bewerber zu besetzen sind. Eine Fürsorgepflicht, die einem weniger geeigneten Bewerber einen Anspruch auf Zugang zum öffentlichen Dienst verschaffen würde, stünde in krassem Widerspruch zum Daseinszweck der Verwaltung¹⁾.

Aber auch der im Auswahlverfahren bestqualifizierte Bewerber kann aus der Fürsorgepflicht alleine keinen Beförderungsanspruch herleiten²⁾, da ein derartiger Anspruch nur nach den speziellen beamtenrechtlichen Regelungen (Art. 33 Abs. 2 GG) bei Vorliegen der dort normierten Voraussetzungen angenommen werden kann³⁾; solange aber die spezifischen beamtenrechtlichen Beförderungsregelungen keine objektivrechtliche Verpflichtung des Dienstherrn zur Beförderung eines bestimmten Bewerbers begründen, vermag sich aus der Pflicht des Dienstherrn zu Sachlichkeit, Gerechtigkeit und Wohlwollen, die im übrigen gegenüber allen Beamten in gleicher Weise besteht, nichts anderes zu ergeben.

Letztlich erfährt die Fürsorgepflicht durch das Budgetrecht des Haushaltsgesetzgebers sowie die Ausfüllungskompetenz des Dienstherrn bei der Durch-

1) Vgl. Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 654.

2) So aber offenbar: Günther, ZBR 1979, S. 101; Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 654; beide räumen allerdings ein, daß die Fürsorgepflicht nicht "in vollem Sinne" als Anspruchsgrundlage für eine Beförderung dienen könne; sie liefere lediglich eine "zusätzliche Begründung" für den Beförderungsanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG.

3) Siehe oben Teil III., Erl. 3 c aa.

führung des Haushaltsplanes im Bereich des Beförderungswesens eine wesentliche Einschränkung: Die objektiven Beförderungsmöglichkeiten durch Schaffung neuer Planstellen werden nach den Geboten der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit festgesetzt (§§ 6 Abs. 1, 28 Abs. 1 HGrG; §§ 7 Abs. 1, 49 Abs. 1 BHO).

Ergebnis:

Bei dieser Betrachtung kann der Fürsorgepflicht nur eine ermessene einschränkende bzw. den Beurteilungsspielraum begrenzende, aber keine anspruchsbegründende Bedeutung zukommen: Sie ergänzt die Beförderungsvorschriften dahin, als sie den Dienstherrn im Rahmen des Beförderungsverfahrens zu objektiver und wohlwollender Behandlung seiner Beamten verpflichtet.

5. Beförderungsanspruch aus Schadensersatzgesichtspunkten?

Verneint man einen auf Beförderung gerichteten Erfüllungsanspruch kraft der Fürsorgepflicht des Dienstherrn, stellt sich die Frage, ob ein Beförderungsanspruch nicht aus Schadensersatzgesichtspunkten wegen Verletzung der Fürsorgepflicht begründet werden kann.

a. Aus § 839 BGB, Art. 34 GG läßt sich ein Beförderungsanspruch nicht herleiten.

Zwar ist die Fürsorgepflicht eine Amtspflicht im Sinne des § 839 BGB, deren schuldhaftige Verletzung durch den einzelnen Amtswalter den Dienstherrn zum Schadensersatz verpflichtet; jedoch ist der danach

zu leistende Schadensersatz¹⁾ wegen der öffentlich-rechtlichen Besonderheiten dieses Haftungstatbestandes in aller Regel auf Geldersatz oder eine andere Eigenleistung des handelnden Amtswalters beschränkt²⁾; keinesfalls kann der Amtshaftungsanspruch als Schadensersatz im Wege der Naturalrestitution die Verurteilung zur Aufhebung oder Vornahme eines Verwaltungsakts zur Folge haben³⁾. Zum einen würden die Zivilgerichte dadurch in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte übergreifen; ferner kann von der nach § 839 BGB, Art. 34 GG in Anspruch genommenen Körperschaft nur das verlangt werden, was der für den Schaden verantwortliche Amtswalter persönlich zu leisten vermag, da § 839 BGB von der Eigenhaftung des "Beamten" ausgeht und Art. 34 GG diese Haftung lediglich auf den Staat überleitet. Da die Beförderung aber nur der Dienstherr, nicht der einzelne pflichtwidrig handelnde Amtswalter vornehmen kann, kann auch der daraus folgende, auf den Dienstherrn übergeleitete Schadensersatzanspruch gegen den einzelnen Amtswalter nur auf Geldersatz gerichtet sein.

- b. Kann demnach aus Amtshaftungsgrundsätzen kein Beförderungsanspruch gewonnen werden, kommt als Anspruchsgrundlage unmittelbar die Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht (§ 79 BBG) in Betracht.

1) BVerwGE Bd. 13, S. 17 (18), Urt. v. 24.08.1961; BGHZ Bd. 29, S. 310, Urt. v. 16.02.1959; Bd. 43, S. 178 (184), Urt. v. 09.03.1965; Palandt, § 839 Anm. 5 A.

2) BGHZ Bd. 34, S. 99, Beschl. v. 19.12.1960; Erichsen/Martens, Allg. VerwRecht, S. 415; Wolff/Bachof, VerwRecht, Bd. 1, § 64 II e 2; Rupp, NJW 1961, S. 811; Helle, NJW 1961, S. 1157; Palandt, § 839 Anm. 10 b.

3) BGHZ Bd. 5, S. 102, Urt. v. 11.02.1952; BGH, NJW 1963, S. 1203, Urt. v. 12.03.1963; Palandt, § 249 Anm. 1 a.

aa. Es ist heute anerkannt¹⁾, daß die Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht einen eigenständigen, von dem Schadensersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung losgelösten, Schadensersatzanspruch des Beamten gegen den Dienstherrn begründet²⁾.

Gleichwohl verneinen Rechtsprechung³⁾ und die im

-
- 1) Grundlegend: BVerwGE Bd. 13, S. 17, Urt. v. 24.08.1961; Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 6, Urt. v. 20.03.1963; Bd. 15, S. 3 (11), Urt. v. 30.08.1962; NJW 1965, S. 929, Urt. v. 28.01.1965; Bd. 53, S. 12 (21), Beschl. v. 11.04.1975; DVBl. 1976, S. 335 (337), Beschl. v. 22.04.1975. RGZ Bd. 100, S. 188, Urt. v. 02.11.1920; Bd. 157, S. 145, Urt. v. 10.12.1937; Bd. 158, S. 235, Urt. v. 19.09.1938. BGHZ Bd. 7, S. 69, Urt. v. 14.07.1952 (allerdings mit abweichender Begründung); Bd. 43, S. 179 (184), Urt. v. 09.03.1965. VGH Kassel, DVBl. 1960, S. 328, Urt. v. 22.10.1959; HessVGRspr. 1966, S. 2, Urt. v. 20.07.1965; HessVGRspr. 1977, S. 33 (34), Urt. v. 16.03.1977. BAG, NJW 1960, S. 358, Urt. v. 08.12.1959. OVG Hamburg, DVBl. 1960, S. 745, Urt. v. 26.02.1959. Palandt, § 276 Anm. 8 a; § 839 Anm. 5 A; v. Münch. Bes. VerwRecht, S. 46; Bochall, § 79 BBG Anm. 8; Fischbach, BBG, S. 658; Plog/Wiedow/Beck § 79 Anm. 25; Leusser/Gerner/Kruis, Art. 86 BayBG Anm. 4 c; Hefele/Schmidt, Art. 86 BayBG Anm. 7; Crisolli/Schwarz, § 92 HBG Anm. 3 d; Schütz, DÖD 1958, S. 201; Krause, ZBR 1960, S. 65; Schack, ZBR 1961, S. 132; Günther, ZBR 1979, S. 103.
- 2) A.A. damals: BGHZ Bd. 29, S. 310, Urt. v. 16.02.1959; aufgegeben in BGHZ Bd. 43, S. 99, Urt. v. 09.03.1965.
- 3) BVerwGE Bd. 15, S. 3 (11), Urt. v. 30.08.1962; Bd. 28, S. 157 (162), Urt. v. 26.10.1967; Bd. 53, S. 12 (20), Beschl. v. 11.04.1975; DVBl. 1976, S. 335 (337), Beschl. v. 22.04.1975; OVG Bremen, ZBR 1970, S. 264, Urt. v. 04.03.1970; OVG Lüneburg, DVBl. 1972, S. 963, Urt. v. 26.09.1972; OVG Lüneburg, OVGE Bd. 29, S. 479, Urt. v. 15.05.1973; OVG Saarlouis, ZBR 1976, S. 87, Urt. v. 03.12.1975; VGH Bad.-Würt., ZBR 1972, S. 308, Urt. v. 08.02.1972; NJW 1973, S. 75, Urt. v. 19.05.1972; ZBR 1975, S. 316, Urt. v. 22.04.1975; VGH Kassel, ZBR 1969, S. 174, Urt.

Schrifttum überwiegende Meinung¹⁾ einen hieraus folgenden Beförderungsanspruch durch "Naturalrestitution"; zur Begründung wird ausgeführt, der Schadensersatzanspruch wegen Fürsorgepflichtverletzung könne nur in Geldersatz bestehen, da er nicht auf das "Erfüllungsinteresse", d. h. Ernennung und Einweisung in die freie Planstelle, sondern lediglich auf das "negative Interesse", den Ausgleich in Geld, gerichtet sei.

Vereinzelt finden sich in der Literatur Stellungnahmen, die einen auf Naturalrestitution, d. h. Beförderung, gerichteten Schadensersatzanspruch wegen Fürsorgepflichtverletzung, allerdings ohne nähere dogmatische Herleitung und Begründung, bejahen²⁾.

v. 13.08.1968; HessVGRspr. 1975, S. 89, Urt. v. 29.02.1975.
Bejaht hat einen Anspruch auf Beförderung wegen Fürsorgepflichtverletzung, allerdings ohne hinreichende dogmatische Begründung, OVG Lüneburg, DÖV 1967, S. 426, Urt. v. 24.08.1966.
Offengelassen wurde eine Entscheidung in VGH Kassel, DVBl. 1960, S. 328, Urt. v. 22.10.1959; HessVGRspr. 1977, S. 33 (36), Urt. v. 16.03.1977.

- 1) Fischbach, § 23 BBG Anm. IV; § 79 Fußn. 14; Plog/Wiedow/Beck, § 6 RN. 29; § 23 RN. 8 ff.; Fürst/Strecker, Beamtenrecht, S. 80 ff.; Crisolli/Schwarz, § 92 HBG Anm. 3 d; Solte, ZBR 1972, S. 109 (111); Ule, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 585; Schick, DVBl. 1975, S. 747; Wiese, Beamtenrecht, S. 88; Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 655; Scheerbarth/Höffken, S. 154 f.
Zweifel an der Rechtsprechung klingen an bei Lecheler, DVBl. 1978, S. 588.
- 2) Vgl. Heise, ZBR 1969, S. 165 (166): Es bedarf keiner Begründung, daß der einem Beamten bei einer fürsorgepflichtwidrigen Übergehung entstehende Schaden nicht ausschließlich vermögensrechtlicher Natur ist. So ist es um so weniger zweifelhaft, daß der Beamte in diesem Fall nicht auf Geldersatz verwiesen werden kann. Ebenso: Schack, ZBR 1961, S. 225 (229); Tietgen, Hundert Jahre, S. 344; Günther, ZBR 1979, S. 102.

- bb. Der Schadensersatzanspruch wegen Fürsorgepflichtverletzung vermag einen Beförderungsanspruch nicht zu begründen; die im Zuge eines Beförderungsverfahrens begangene Pflichtverletzung rechtfertigt lediglich einen Anspruch auf Geldersatz.

Dies folgt aus der Rechtsnatur des vorbezeichneten Schadensersatzanspruches und dem in der allgemeinen Rechtsordnung bestehenden System der Schadensregulierung.

Die Rechtsgrundlage für den unmittelbar aus dem Beamtenverhältnis gegen den Dienstherrn hergeleiteten Schadensersatzanspruch wegen Fürsorgepflichtverletzung befindet sich in den in §§ 276, 278, 618 Abs. 3 BGB zum Ausdruck gelangten allgemeinen Rechtsgrundsätzen¹⁾, die auch im Rahmen des öffentlichrechtlichen Beamtenverhältnisses gelten²⁾. Danach hat der Dienstherr im Falle der schuldhaften Verletzung oder Nichterfüllung der Fürsorgepflicht den dem Beamten "durch die Verletzungshandlung bzw. Nichterfüllung der Pflicht entstandenen Vermögensschaden zu ersetzen"³⁾.

1) BVerwGE Bd. 13, S. 17 (21), Urt. v. 24.08.1961; Staudinger, § 618 BGB RN. 9; Soergel/Siebert, § 618 BGB RN. 5.

Andere sehen die Rechtsgrundlage unmittelbar in § 79 BBG, vgl. v. Münch. Bes. VerwRecht, S. 46; diese Unterscheidung ist nur von theoretischer Bedeutung, da der Anspruch aus Fürsorgepflichtverletzung nach aller Ansicht nur auf Ersatz des materiellen Schadens gehen kann, vgl. BVerwG, NJW 1965, S. 929, Urt. v. 28.01.1965.

2) Palandt, § 276 Anm. 8 a.

3) So allg. Ansicht: BVerwG, NJW 1965, S. 929, Urt. v. 28.01.1965. Ein Anspruch auf Ersatz auch des immateriellen (Nichtvermögens-) Schadens vermittelt das Beamtenrecht demgegenüber nicht, da dies nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen (vgl. § 253 BGB) möglich ist, aber keine der Vorschriften des privaten Vertragsrechts (§§ 276, 278, 618 Abs. 2 BGB) bzw. des Beamtenrechts (§ 79 BBG) dem Schadensersatzberechtigten einen Anspruch auf Ersatz auch des immateriellen Schadens einräumt.

Ein Vermögensschaden ist jede in Geld bewertbare Einbuße, die jemand an seinem Vermögen erleidet¹⁾. Danach ist bei dem durch eine Fürsorgepflichtverletzung betroffenen Beamten ein Vermögensschaden dann gegeben, wenn der jetzige, tatsächliche Wert des Vermögens des Geschädigten geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis jetzt haben würde. Der Vermögensschaden des bei einer Beförderung schuldhaft fürsorgepflichtwidrig übergangenen Beamten besteht zum einen in der Differenz zwischen den erhöhten Bezügen des Beförderungsamtes und den gegenwärtigen Bezügen des Beamten²⁾; er erstreckt sich darüberhinaus auch auf die infolge der unterbliebenen Beförderung ebenfalls nicht erfolgte Neufestsetzung des allgemeinen Dienstalters³⁾⁴⁾.

Ersatzfähig ist dieser so beschriebene Vermögensschaden nur, wenn er sich als "adäquate Folge" des

-
- 1) Mertens, Begriff des Vermögensschadens, S. 121; Palandt, § 249 BGB Vorbem. 2 b.
 - 2) BVerwGE Bd. 15, S. 3 (11), Urt. v. 30.08.1962; VGH Kassel, HessVGRspr. 1977, S. 33 (36), Urt. v. 16.03.1977; VGH Bad.-Würt., ZBR 1972, S. 308, Urt. v. 08.02.1972; NJW 1973, S. 75, Urt. v. 19.05.1972; Crisolli/Schwarz, § 92 HBG Anm. 3 d.
 - 3) OVG Lüneburg, DVBl. 1972, S. 963, Urt. v. 26.09.1972; OVG Saarlouis, ZBR 1976, S. 88, Urt. v. 03.12.1975; Günther, ZBR 1979, S. 103; Crisolli/Schwarz, § 92 HBG Anm. 3 d; Zapf, ZBR 1974, S. 21. Zur Festsetzung des ADA vgl. BVerwGE Bd. 19, S. 19, Urt. v. 18.06.1964.
 - 4) Nach VGH Bad.-Würt. (ZBR 1972, S. 306, Urt. v. 08.02.1972) und OVG Saarlouis (ZBR 1976, S. 87, Urt. v. 03.12.1975) besteht der entstandene Vermögensschaden bei Ruhestandsbeamten auch darin, daß der Ruheständler nicht die mit der Beförderung verbundene höhere Amtsbezeichnung, allerdings mit dem Zusatz "a. D.", führen darf. Gegen diese Ansicht bestehen erhebliche Bedenken, da dies kein Vermögensschaden mehr ist. Vgl. Crisolli/Schwarz, § 92 HBG Anm. 3 d und Zapf, ZBR 1974, S. 21 (23).

schuldhaft fürsorgepflichtwidrigen Verhaltens des Dienstherrn darstellt¹⁾. Adäquate Kausalität ist immer dann zu bejahen, wenn der Beamte ohne die Fürsorgepflichtverletzung und bei zutreffender Ausschöpfung des dem Dienstherrn zustehenden Beurteilungsspielraumes befördert worden wäre, d. h. wenn dem Beamten zur Zeit der Beförderungsentscheidung des Dienstherrn bei hypothetischer Beurteilung des Kausalverlaufes ein Anspruch auf Beförderung zugestanden hätte²⁾³⁾.

-
- 1) Soergel/Siebert, § 618 RN, 24; OVG Lüneburg, DVBl. 1972, S. 963, Urt. v. 26.09.1972; BVerwG, Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 9, Urt. v. 27.10.1966; Buchholz 232 § 23 BBG Nr. 14, Urt. v. 28.03.1969; Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 12, Urt. v. 27.11.1963; Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 19, Urt. v. 23.02.1967; BVerwG, Beschl. v. 11.11.1969, VI D 6.69; Schmitt-Kammler, Jura 1979, S. 655.
 - 2) VGH Kassel, HessVGRspr. 1977, S. 33 (34), Urt. v. 16.03.1977; VGH Bad.-Würt., ZBR 1972, S. 308, Urt. v. 08.02.1972.
 - 3) Daraus erhellt, daß eine fehlerhafte Beurteilung des Beamten für sich alleine für die Begründung eines Vermögensschadens in dem oben beschriebenen Sinn nicht ausreicht. Ein derartiger Schaden wegen Nichtbeförderung entsteht erst, wenn feststeht, daß der Beamte bei rechtmäßiger Verhaltensweise hätte befördert werden müssen. Im Gefolge dieser Kausalitätsprüfung ergeben sich oftmals schwierige Probleme: Es wird in der Praxis nur wenige Fälle geben, bei denen sich bei hypothetischer (Re-) Konstruktion des Kausalverlaufes im Nachhinein feststellen lassen wird, wie der Dienstherr - eine zutreffende Beurteilung des Beamten vorausgesetzt - sein Ermessen betätigt haben würde. Dieser Umstand ist jedoch nicht geeignet, auf dieses Kriterium gänzlich verzichten zu können. Zutreffende Leistungsbeurteilung und vorherige Einschränkung des Auswahlmessens sind zwingende Voraussetzung eines Beförderungsanspruches. Demgemäß kann auch ein Anspruch auf Schadensersatz wegen unterbliebener Beförderung keine hiervon abweichenden Voraussetzungen enthalten. Stellt sich bei einer nachträglichen Beurteilung des Beförderungsverfahrens heraus, daß der Beamte zwar geeignet war, der Dienstherr jedoch noch keine unwiderrufliche Entscheidung über die Besetzung des Amtes getroffen hatte, kann der Beamte keinen ersatzfähigen Vermögensschaden geltend machen.

Inhalt und Umfang dieses sonach zu leistenden Schadensersatzes bestimmen sich nach den Regelungen in den §§ 249 ff. BGB, die auch bei im öffentlichen Recht wurzelnden Anspruchsgrundlagen Anwendung finden¹⁾.

Gemäß § 249 Satz 1 BGB hat der Dienstherr "den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre". Das Gesetz postuliert damit den Grundsatz der Naturalrestitution: Der durch die Fürsorgepflichtverletzung verursachte Vermögensschaden ist zu ersetzen, wobei der herzustellende Zustand wirtschaftlich dem hypothetischen entsprechen muß²⁾.

Demgemäß hat der Ausgleich des dem Beamten entstandenen Vermögensschadens einmal durch die Nachzahlung und Erhöhung der Dienstbezüge um den Differenzbetrag zwischen den gezahlten Dienstbezügen und den Dienstbezügen, die dem Beamten bei rechtzeitiger und rechtsfehlerfreier Beförderung zugestanden hätten, sowie dadurch zu erfolgen, daß das allgemeine Dienstalter auf den Tag der Beförderung verbessert wird³⁾.

Eine Beförderung, d. h. den beamtenrechtlichen Hoheitsakt des Dienstherrn, der die Ernennung des Beamten und seine Einweisung in die (damals, zur Zeit der behördlichen Entscheidung) zu besetzende Planstelle beinhaltet, kann demgegenüber als Natu-

1) Palandt, § 249 Vorbem. 1.

2) Zum Begriff der Naturalrestitution vgl.: RGZ Bd. 77, S. 99 (100), Urt. v. 04.10.1911; Bd. 126, S. 401 (403), Urt. v. 20.12.1929.

3) OVG Lüneburg, DVBl. 1972, S. 962, Urt. v. 26.09.1972; OVG Saarlouis, ZBR 1976, S. 87, Urt. v. 03.12.1975; VGH Kassel, HessVGRspr. 1975, S. 89, Urt. v. 29.02.1975.

ralrestitution beim Schadensersatzanspruch wegen Fürsorgepflichtverletzung im Nachhinein nicht zuerkannt werden. Eine Beförderung mit Wirkung für die Vergangenheit ist aus den Gründen des § 10 Abs. 2 Satz 2 BBG unwirksam. Aber auch eine Beförderung in das fragliche Amt¹⁾ mit Wirkung für die Zukunft ist ausgeschlossen, da diese Rechtsfolge über das als Schadensersatz äußerstenfalls zu leistende Erfüllungsinteresse hinausgeht; Erfüllung der Fürsorgepflicht bedeutet nämlich "sachgerechte und wohlwollende Beurteilung" sowie "fehlerfreie Auswahl", Erfüllung der Fürsorgepflicht heißt nicht "Beförderung"²⁾!

Wenn aber ein auf Erfüllung der Fürsorgepflicht gerichteter Leistungsanspruch schon keine Beförderung des Beamten zeitigen kann, darf für den auf der Schadensersatzebene angesiedelten Anspruch wegen Verletzung eben dieser Fürsorgepflicht nichts anderes gelten³⁾.

-
- 1) Das setzt voraus, daß die Behörde das Amt, auf das sich der abgewiesene Bewerber beworben hat, entweder noch nicht besetzt hat oder die zwischenzeitlich erfolgte Ernennung des Konkurrenten wirksam angefochten worden ist.
 - 2) Siehe oben die Ausführungen und Nachweise in Teil III, Erl. 5 b bb.
 - 3) Eine Beförderungspflicht und damit korrespondierend ein Beförderungsanspruch des Beamten folgt ausschließlich aus Art. 33 Abs. 2 GG. Nur die Erfüllung dieser Verpflichtung kann "Beförderung" bedeuten. Gleichwohl ist es nicht möglich, etwa wegen schuldhafter Verletzung dieser "Beförderungspflicht" einen Schadensersatzanspruch auf Beförderung konstruieren zu wollen. Ist ein Beamter nämlich zu Unrecht nicht befördert worden, und liegen im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung sämtliche Beförderungsvoraussetzungen vor, hat der Beamte unmittelbar aus Art. 33 Abs. 2 GG einen (Erfüllungs-) Anspruch auf Beförderung; für gleichgerichtete Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (Sekundärebene) ist solchenfalls kein Raum mehr (BGH LM § 325 BGB Nr. 3, Urt. v. 05.10.1951).

Darüberhinaus würde eine Beförderung durch Naturalrestitution dem Beamten mehr als nur den ersatzfähigen Vermögensschaden ausgleichen, sie würde vielmehr auch Ausgleich für etwaige Nichtvermögensschäden (z. B. das Recht auf Führung der höheren Amtsbezeichnung) gewähren, was indessen bei dem Schadensersatzanspruch wegen Fürsorgepflichtverletzung nicht möglich ist¹⁾.

Ergebnis:

Nach alledem kann aus einem Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Fürsorgepflicht kein Anspruch auf Beförderung gewonnen werden.

6. Beförderungsanspruch aus Folgenbeseitigung?

In der Vergangenheit ist mehrfach der Versuch unternommen worden, dem im Beförderungsverfahren zu Unrecht übergangenen Beamten aus dem Rechtsinstitut

Erfolgte die Nichtbeförderung des Beamten zu Unrecht, kann er aber zur Zeit der Geltendmachung seines Beförderungsanspruches wegen des Fehlens von objektiven Beförderungsvoraussetzungen (fehlende besetzbare Planstelle, Überschreiten der Altersgrenze usw.) nicht mehr befördert werden, hätte aber zu dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung befördert werden müssen, ist ein Beförderungsanspruch (Erfüllung) objektiv unmöglich. Der Beamte muß sich nunmehr auf die Schadensersatzebene verweisen lassen. Insoweit ist aber aus den Gründen des § 251 Abs. 1 BGB nurmehr ein Schadensersatzanspruch in Geld möglich, jedoch nur, wenn die materiellrechtlichen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches (schuldhaft pflichtwidrige Nichtbeförderung) vorliegen.

1) Siehe oben Teil III, Erl. 5 b bb.

der Folgenbeseitigung einen Beförderungsanspruch erwachsen zu lassen¹⁾).

Dieser Lösungsversuch ist von der überwiegenden Meinung im Schrifttum²⁾, insbesondere aber von der Rechtsprechung³⁾ abgelehnt worden.

Zu Recht, denn der Folgenbeseitigungsanspruch⁴⁾ besteht nur bei rechtswidrig belastendem Eingriff durch einen Verwaltungsakt oder tatsächlichem Handeln der Verwaltung⁵⁾; er ist ein Wiederherstel-

-
- 1) So Tietgen, Hundert Jahre, S. 345 ff.; Schack, ZBR 1961, S. 230; Ule, Grundrechte, Bd. IV/2, S. 585; v. Münch, Bes. VerwRecht, S. 28 Fußn. 118; das OVG Lüneburg (DVBl. 1967, S. 206, Urt. v. 02.02.1965) hat im Falle einer rechtswidrigen Ablehnung eines Beförderungsantrages und bei Veränderung der Rechtslage nach Abschluß des behördlichen Verfahrens zum Nachteil des Beamten die Ansicht vertreten, der Dienstherr habe dieses Unrecht durch Einstellung des Bewerbers wieder-gutzumachen.
 - 2) Günther, ZBR 1979, S. 103; Solte, ZBR 1972, S. 111; ders., NJW 1980, S. 1030; Menger/Erichsen, Allg. VerwRecht, S. 453; Wolff/Bachof, VerwRecht, Bd. 1, § 54 II f 1; Bender, Staatshaftungsrecht, RN. 104; Eyermann/Fröhler, § 42 RN. 18 a; Kopp, VwGO, § 113 RN. 42; Jung, Zugang, S. 174.
 - 3) BVerwG, DÖV 1960, S. 590, Urt. v. 12.11.1959; NDBZ 1962, S. 177, Urt. v. 12.01.1962; DVBl. 1963, S. 677, Urt. v. 20.03.1963; Bd. 28, S. 155 (162 f.), Urt. v. 26.10.1967; Bd. 53, S. 12 (22), Beschl. v. 11.04.1975; OVG Rhld.-Pf., DVBl. 1964, S. 733, Urt. v. 19.02.1964; VGH Kassel, ZfSH 1972, S. 90, Urt. v. 09.09.1972.
 - 4) Zum FBA grundlegend: Bettermann, DÖV 1955, S. 528; Götz, ZBR 1961, S. 135, Horn, a.a.O., S. 16 ff.; Baumeister, a.a.O., S. 20 ff.; Haueisen, DVBl. 1973, S. 739; Rösslein, a.a.O., S. 8 ff.; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 190 ff.
 - 5) Zu der im einzelnen nach wie vor strittigen Rechtsgrundlage für den FBA vgl. die Darstellung bei Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 192 ff. m.w.N.

lungs- und kein Wiedergutmachungsanspruch: Der Bürger kann damit die Restitution des Zustandes, der vor dem rechtswidrigen, schadenstiftenden hoheitlichen Handeln bestanden hat, erreichen und die unmittelbaren Beeinträchtigungen des fehlerhaften Verwaltungshandelns beseitigen¹⁾.

Ein nicht beförderter Beamter kann demgemäß im Wege der Folgenbeseitigung verlangen, daß er - nach verwaltungsgerichtlicher Aufhebung der rechtswidrigen Beförderungsentscheidung des Dienstherrn - wieder in den Stand zu Beginn des Beförderungsverfahrens versetzt wird.

Nicht jedoch ist der Folgenbeseitigungsanspruch auf Vornahme des zu Unrecht abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes, d. h. auf die Einräumung einer von dem Kläger bislang noch nicht innegehabten Rechtsposition gerichtet²⁾. Diese Rechtsfolge würde nämlich nicht nur die Beseitigung der unmittelbaren Folgen der rechtswidrigen Ablehnung des beantragten Verwaltungshandelns bedeuten, sie würde vielmehr zur Erfüllung des ursprünglichen (Hauptleistungs-) Begehrens führen. Diese Erfüllung richtet sich aber ausschließlich nach der insoweit jeweils zwingend erforderlichen spezialgesetzlichen Anspruchsgrundlage.

1) Bender, Staatshaftungsrecht, RN. 221.

2) So ganz eindeutig: BVerwGE Bd. 28, S. 155 (165), Urt. v. 26.10.1967 m.w.N.; bestätigt in Bd. 53, S. 12 (22), Beschl. v. 11.04.1975. Auf die Problematik, daß ein auf Beförderung gerichteter Folgenbeseitigungsanspruch von seiner Rechtsnatur her ein allgemeiner "Wiedergutmachungsanspruch" ist, der in der geltenden Rechtsordnung aber keine materiellrechtliche Grundlage hat, weist auch Menger/Erichsen, Allg. Verw. Recht, S. 452 f. hin.

Dies gilt insbesondere im Bereich des beamtenrechtlichen Beförderungswesens, da die Besetzung der freien Planstellen nur nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Auswahlkriterien des Leistungsprinzips nach vorheriger Ermessensentscheidung vorgenommen werden darf. Andere Aspekte, insbesondere eine vorangegangene rechtswidrige Ablehnung eines Bewerbers, haben außer Betracht zu bleiben. Dieser Grundsatz des Beamtenrechts kann auch durch einen Folgenbeseitigungsanspruch nicht unterlaufen werden¹⁾.

Ergebnis:

Der allgemeine verwaltungsrechtliche Folgenbeseitigungsanspruch gewährt keinen Beförderungsanspruch.

7. Abschließende Beurteilung des Eingangsfalles

Daraus folgt, daß der Kläger des zugrunde liegenden Beispielsfalles nach erfolgreicher Anfechtung der Ernennung des Konkurrenten zweierlei verlangen kann:

Einmal die sachgerechte und angemessene Beurteilung seiner Leistung, zum anderen die rechtsfehlerfreie Auswahl zwischen ihm und seinem Konkurrenten.

Kommt das Verwaltungsgericht bei der Nachprüfung des Ernennungsvorganges zu dem Ergebnis, daß der Dienstherr bei der Beurteilung des Klägers grob sachwidrige Erwägungen angestellt und den ihm zu-

1) Zur Möglichkeit, daß die rechtswidrige Ablehnung eines Bewerbers u. U. das Auswahlermessen des Dienstherrn binden kann, vgl. Menger/Erichsen, Allg. VerwRecht, S. 453.

stehenden Beurteilungsspielraum nicht rechtmäßig ausgefüllt hat, wird die beklagte Behörde mangels Spruchreife der Sache verpflichtet werden, über den Beförderungsanspruch des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes erneut zu befinden (sog. Bescheidungsurteil gemäß § 113 Abs. 4 Satz 2 VwGO).

Eine Verpflichtung der Behörde, den Kläger zu befördern, wird demgegenüber ausgesprochen werden, wenn die rechtsfehlerfreie Beurteilung der Leistung des Klägers durch die Behörde die Geeignetheit des Klägers ergeben hat und der Kläger als der bestqualifizierte Bewerber dem Ernannten hätte vorgezogen werden müssen (sog. Vornahmearteil gemäß § 113 Abs. 4 Satz 1 VwGO).

8. Ergebnis des dritten Teiles

Ein Anspruch auf Beförderung kann sich nur aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. §§ 23, 8 Abs. 1 Satz 2 BBG¹⁾ und der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht (§ 79 BBG¹⁾) ergeben.

Andere Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich.

Danach ist ein Beförderungsanspruch gegeben, wenn ein Bewerber um ein Beförderungsamt - zwei Vorentscheidungen vorausgesetzt²⁾ - nach rechtmäßiger Beurteilung durch den Dienstherrn die leistungsbezogenen Auswahlkriterien erfüllt und als der best-

1) Gleiches gilt für die entsprechenden Vorschriften der Landesbeamtengesetze, auf die an dieser Stelle verwiesen wird.

2) Siehe oben Teil III, Erl. 3 c aa.

qualifizierte aus dem Beförderungsverfahren hervorgeht. Für einen Ermessensspielraum des Dienstherrn ist solchenfalls kein Raum mehr.

Dieser Beförderungsanspruch ist im Wege der Verpflichtungsklage vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen (§ 126 BRRG; §§ 42, 113 Abs. 4 Satz 1 VwGO).

Ist die Beurteilung des Bewerbers durch den Dienstherrn unter Verstoß gegen den Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG erfolgt und ist eine verbindliche Beurteilung durch das Gericht (noch) nicht möglich, hat der Bewerber Anspruch auf erneute sachgerechte Beurteilung durch den Dienstherrn unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes.

Ein Beförderungsanspruch ist mangels Spruchreife nicht gegeben.

Dieser Anspruch ist im Wege der Bescheidungsklage gemäß § 126 BRRG, §§ 42, 113 Abs. 4 Satz 2 VwGO durchsetzbar.

Literaturverzeichnis

- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reiches vom
11. August 1919,
14. Aufl., Berlin, 1933
- ders. Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts,
Bd. 2
7. Aufl., München/Leipzig, 1917
- Anschütz, Gerhard /
Thoma, Richard Handbuch des Deutschen Staatsrechts,
Bd. 2,
Tübingen 1930
- Arnim, Hans Herbert von Ämterpatronage durch politische Partei-
en,
Wiesbaden 1980
- Bachof, Otto Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungs-
gerichtes,
JZ 1962, S. 663 - 670
- ders. Reflexwirkungen und subjektive Rechte
im öffentlichen Recht,
Gedächtnisschrift für Walter Jellinek,
1955, München,
S. 287 - 307
- ders. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungs-
gerichtes,
JZ 1966, S. 436 - 443
- ders. Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 18.
08.1960,
DVBl. 1961, S. 128 - 131
- Bartlsperger, Richard Subjektives öffentliches Recht und
störungspräventive Baunachbarklage,
DVBl. 1971, S. 723 - 732
- ders. Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts,
Verw.Arch. Bd. 60 (1969), S. 35 - 63
- Battis, Ulrich Zum Ausschluß verfassungsfeindlicher Be-
werber vom öffentlichen Dienst,
JZ 1972, S. 384 - 388
- Baumgärtel, Gottfried Treu und Glauben im Zivilprozeß,
ZZP 1973, S. 353 - 373
- Baumeister, Arno Der Folgenbeseitigungsanspruch unter be-
sonderer Berücksichtigung des Versagungs-
aktes und der Untätigkeit der Verwaltung,
Diss., Würzburg 1972

- Bender, Bernd Aktuelles zur Problematik des gerichtlichen Nachbarschutzes im Baurecht, NJW 1966, S. 1989 - 1996
- ders. Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Karlsruhe, 1974
- Bender, Bernd /
Dohle, Rolf Nachbarschutz in Zivil- und Verwaltungsrecht, München 1972
- Bernhardt, Rudolf Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, S. 302 - 308
- Bettermann, Karl August Die Legitimation zur verwaltungsgerichtlichen Anfechtung nach österreichischem und deutschem Recht, Festschrift für Hans Schima, Wien 1969, S. 71 - 94
- ders. Gewerberechtliche Nachbarklage ? NJW 1961, S. 1097 - 1099
- ders. Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß, Festschrift Verwaltungsgerichtsbarkeit - Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 2, Karlsruhe 1963, S. 449 - 474
- ders. Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955, S. 528 - 536
- ders. in : Die Grundrechte, Bd. III / 2, Hsgb. Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Berlin 1959, S. 523 - 642
- ders. Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung, NJW 1960, S. 649 - 657
- ders. Anm. zum Vorbescheid des BVerwG vom 11. 10.1963, DVBl. 1965, S. 365 - 366
- Bochalli, Alfred Bundesbeamtengesetz, 2. Aufl., München, 1958
- Bode, Eckart Die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, Diss. Göttingen 1967
- Böckenförde, Ernst Wolfgang Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529 - 1538
- ders. Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964

- Brinkmann, Karl
Grundrechtskommentar zum Grundgesetz für
die Bundesrepublik Deutschland,
Bonn 1967
- Brückner, Ernst
Das faktische Dienstverhältnis,
Berlin 1968
- Bühler, Ottmar
Die subjektiv-öffentlichen Rechte und ihr
Schutz in der Deutschen Verwaltungsrecht-
sprechung,
Stuttgart 1914
- Clemens, Horst /
Millack, Christian /
Lautermann, Heinrich /
Henkel, Karl-Heinz /
Engelking, Helmut
Kommentar zum Besoldungsrecht des Bundes
und der Länder,
2. Aufl., Stuttgart, 1975
(Stand: Januar 1979)
- Crisolli, Julius /
Schwarz, Martin
Hessisches Beamtengesetz, Kommentar,
Neuwied 1962 (Stand: August 1979)
- Demme, Helmut
Die nachbarlichen Schutzvorschriften im
Gaststättenrecht,
DVEL. 1967, S. 758 - 762
- Dietz, Rolf /
Richardi, Reinhard
Bundespersönalvertretungsgesetz,
Kommentar, Bd. 2,
2. Aufl., München, 1978
- Doemming, Klaus von /
Füßlein, Rolf Werner /
Matz, Werner
Entstehungsgeschichte der Artikel des
Grundgesetzes,
Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Bd. 1,
Tübingen 1951,
S. 310 - 313
- Dörffler, Wolfgang
Verwaltungsakte mit Drittwirkung,
NJW 1963, S. 14 - 19
- Ebert, Kurt
Das Recht des öffentlichen Dienstes,
Berlin 1965
- Engelhardt, Hanns
Zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß,
JZ 1961, S. 588 - 593
- Erichsen, Hans Uwe /
Martens, Wolfgang
Allgemeines Verwaltungsrecht,
3. Aufl., Berlin/New York, 1978
- Ermacora, Felix
Öffentliche Ausschreibung,
in : Berufsbeamtentum im demokratischen
Staat, Hrsg. Walter Leisner,
Berlin 1975,
S. 9 - 21
- Evers, Hans Ulrich
Die Nachbarklage im Baurecht,
JuS 1962, S. 87 - 93

- Eyermann, Erich /
Fröhler, Ludwig Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung,
8. Aufl., München, 1980
- Feindt, Erich Zum Recht des Beamten am Beamtenverhältnis
und am Amt,
DöD 1972, S. 186 - 191
- Finkelburg, Klaus Über die Konkurrentenklage im Beamtenrecht,
DVBl. 1980, S. 809 - 813
- Fischbach, Oskar Georg Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, Bd. 1,
3. Aufl., Köln, 1964
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1,
10. Aufl., München, 1973
- ders. Rechtsfragen der leistenden Verwaltung,
Stuttgart 1959
- Friauf, Karl Heinrich "Latente Störung", Rechtswirkungen der
Bauerlaubnis und vorbeugende Nachbar-
klage,
DVBl. 1971, S. 713 - 722
- ders. Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 25.
10.1968 und vom 30.08.1968,
DVBl. 1969, S. 368 - 372
- ders. Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen
Problematik des Subventionsverhältnisses,
DVBl. 1966, S. 729 - 738
- ders. Der Rechtsschutz des sog. Dritten in der
verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung,
Jur. Analysen, 1969, S. 3 - 21 und
1970, S. 652 - 674
- Fricke, Walter Das Problem der Ämterpatronage,
Diss. Münster 1973
- Fromm, Günter Verwaltungsakte mit Doppelwirkung,
Verw.Archiv Bd. 56 (1965), S. 26 - 60
- Frotscher, Werner Vermögensschutz oder Bestandsschutz bei
der Rücknahme von Verwaltungsakten ?
DVBl. 1976, S. 281 - 289
- Fürst, Walter /
Finger, Hans - Joachim /
Mühl, Otto /
Niedermaier, Franz Beamtenrecht des Bundes und der Länder,
Kommentar,
Berlin 1973
- Fürst, Walter /
Strecker, Arved Beamtenrecht,
Stuttgart 1972

- Fürst, Walter /
Günther, Hellmuth Grundgesetz, Kommentar,
2. Aufl., Berlin, 1978
- Gelzer, O. Die Klage des Nachbarn wegen störender
Bauvorhaben im öffentlichen Recht,
NJW 1958, S. 325 - 327
- Giese, Friedrich /
Schunck, Egon Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland, Kommentar,
9. Aufl., Frankfurt, 1976
- Giese, Friedrich Die Verfassung des Deutschen Reiches vom
11.08.1919, Kommentar,
8. Aufl., Berlin, 1951
- Götz, V. Der Folgenbeseitigungsanspruch im
Beamtenrecht,
ZBR 1961, S. 135 - 138
- Günther, Hellmuth Beförderung,
ZBR 1979, S. 93 - 112
- Hacker, Helmut Die neuere Rechtsprechung des Bayrischen
VGH zum öffentlichen Dienstrecht,
BayVBl. 1979, S. 449 - 460
- Häberle, Peter Öffentliches Interesse als juristisches
Problem,
Bad Homburg 1970
- ders. Grundrechte im Leistungsstaat,
VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 43 - 141
- Hamann, Andreas /
Lenz, Helmut Das Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland,
3. Aufl., Neuwied, 1970
- Haueisen, Fritz Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen,
NJW 1964, S. 2037 - 2041
- ders. Anfechtbarkeit und Bestandskraft von Ver-
waltungsakten mit mehreren Betroffenen,
NJW 1966, S. 2340 - 2342
- ders. Zum Problem des Vertrauensschutzes im
Verwaltungsrecht,
DVBl. 1964, S. 710 - 721
- ders. Folgenbeseitigung und Amtshaftung,
DVBl. 1973, S. 739 - 744

- ders. Die Bedeutung der Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile,
NJW 1960, S. 313 - 317
- Hefe, Ludwig /
Schmidt, Johann Kommentar zum Bayrischen Beamtengesetz,
München 1960
- Heise, Detlef Beförderungsanspruch aus Fürsorgepflichtverletzung ?
ZBR 1969, S. 165 - 169
- Helle, Ernst Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 19.
12.1960 (= BGHZ Bd. 34, S. 99 ff.),
NJW 1961, S. 1157 - 1158
- Henke, Wilhelm Das subjektiv-öffentliche Recht,
Tübingen 1968
- ders. Anmerkung zum Urteil des VG Berlin vom
15.05.1974,
DVBl. 1975, S. 272 - 274
- Hippel, Mila von Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern
durch Stellenausschreibung,
Schriftenreihe des Deutschen Beamtenbundes, 1972
- Hoffman-Becking, Michael Der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung - BVerwGE Bd. 39, S. 235 ff.,
JuS 1973, S. 615 - 619
- Hoffmann, Heinrich Die Rechtsschutzbehauptung im Verwaltungsprozeß,
Verw.Archiv Bd. 53 (1962), S. 297 - 332
- Horn, Helga Der Folgenbeseitigungsanspruch im System der öffentlich-rechtlichen Ersatzansprüche,
Diss. Köln 1967
- Huber, Ernst Rudolf Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht,
DöV 1956, S. 135 - 143
- Ipsen, Hans Peter in: Die Grundrechte, Bd. 2, Hrg. Neumann/Nipperdey/Scheuner,
Berlin 1959,
S. 111 - 198

- Isensee, Josef Der Zugang zum öffentlichen Dienst,
in: Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen
Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts,
München 1978,
S. 337 - 356
- ders. Der Beamte zwischen Parteifreiheit und
Verfassungstreue,
JuS 1973, S. 265 - 272
- Kisker, Gunter Verfassungsschutz im Verwaltungsrecht,
VVDStRL Bd. 32 (1974), S. 149 - 199
- Kirchner, Hildebert Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
2. Aufl., Berlin, 1968
- Klinger, Hans Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung,
2. Aufl., Göttingen, 1964
- Kluth, Heinz Amtsgedanke und Pflichtethos in der In-
dustriegesellschaft,
Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und
Gesellschaftspolitik, 1965, S. 11 - 22
- Knack, Hans Joachim Verwaltungsverfahrensgesetz,
Köln/Berlin/Bonn/München 1976
- Köhler, Alexander Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung,
Berlin 1960
- Kommentar zum Bonner Grund- (Zit.: Bearbeiter)
gesetz Hamburg 1950 (Stand: Juni 1979)
- Konow, Karl Otto Rechtsprobleme bei der Besetzung von
Dienstposten,
ZBR 1973, S. 170 - 173
- Kopp, Ferdinand O. Kommentar zur VwGO,
4. Aufl., München, 1979
- ders. Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz,
München 1976
- Krause, V. Die beamtenrechtliche Klage nach der VwGO,
ZBR 1960, S. 65 - 69

- Krüger, Herbert Das Leistungsprinzip als Verfassungsgrundsatz,
Bonn-Bad Godesberg 1957
- Kübler, Hartmut /
Speidel, Reiner Handbuch des Baunachbarrechts,
Stuttgart 1969
- Laubinger, Hans Werner Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung,
Göttingen 1967
- Lecheler, Helmut Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn - Eigenständiges Rechtsinstitut oder Brücke zum Arbeitsrecht ?
ZHR 1972, S. 129 - 140
- ders. Die Personalgewalt öffentlicher Dienstherrn,
Berlin 1977
- ders. Das Beamtensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,
DVBl. 1978, S. 585 - 591
- ders. Grundprobleme des Beamtensrechts,
Jura 1979, S. 412 - 420
- Leisner, Walter Öffentliches Amt und Berufsfreiheit,
AöR Bd. 93 (1968), S. 162 - 199
- ders. Privatinteresse als öffentliches Interesse,
DöV 1970, S. 217 - 223
- ders. Grundlagen des Berufsbeamtentums,
Bonn-Bad Godesberg 1971
- Lerche, Peter Wirtschaftliche Agenda der Gemeinden,
Juristische Analysen, 1970, Bd. 2,
S. 828 - 864
- Leusser, Claus /
Gerner, Erich /
Kruis, Konrad Kommentar zum Bayrischen Beamtengesetz,
2. Aufl., München, 1970
- Lücke, Gerhard Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß,
AöR Bd. 84 (1959), S. 185 - 226

- Mangoldt, Hermann von /
Klein, Friedrich Das Bonner Grundgesetz, Bd. 2,
2. Aufl., Berlin, 1964
- Martens, Wolfgang Öffentlich-rechtliche Probleme des nega-
torischen Rechtsschutzes gegen Immis-
sionen,
in: Festschrift für Schack, Hamburg 1966,
S. 85 - 95
- ders. Grundrechte im Leistungsstaat,
VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 7 - 42
- ders. Einführung in die Praxis des Verwaltungs-
prozesses,
JuS 1973, S. 425 - 430
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht, Ein Studienbuch,
21. Aufl., München, 1977
- Maunz, Theodor /
Dürig, Günter /
Herzog, Roman /
Scholz, Rupert Kommentar zum Grundgesetz,
München 1958 (Stand: Juni 1978)
- Menger, Christian Friedrich Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Ver-
waltungsrecht,
Verw.Archiv Bd. 55 (1964), S. 175 - 186
und S. 275 - 287
- ders. Die Grundsätze von Treu und Glauben im
Gerichtsverfahrensrecht,
Verw.Archiv Bd. 66 (1975), S. 85 - 91
- Mertens, Hans Joachim Der Begriff des Vermögensschadens im bür-
gerlichen Recht,
Stuttgart 1967
- Mittenzwei, Ingo Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 25.
01.1974,
NJW 1974, S. 1884 - 1885
- Mössner, Jörg Manfred Die öffentlich-rechtliche Konkurrenten-
klage,
JuS 1971, S. 131 - 136
- Münch, Ingo von Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2,
Frankfurt 1976

- ders. Besonderes Verwaltungsrecht,
5. Aufl., Berlin, 1979
- Mutius, Albert von Das Widerspruchsverfahren der VwGO als
Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraus-
setzung,
Berlin 1969
- ders. Höchststrichterliche Rechtsprechung zum
Verwaltungsrecht - Grundrechte als
"Teilhaberechte",
Verw.Archiv Bd. 64 (1973), S. 183 - 195
- ders. Zum Dilemma der fehlerhaften fingierten
Bodenverkehrsenehmigung,
Verw.Archiv Bd. 67 (1976), S. 317 - 328
- ders. Konkurrentenklage im Beamtenrecht ?
Verw.Archiv Bd. 69 (1978), S. 103 - 114
- Neeße, Gottfried Der Leistungsgrundsatz im öffentlichen
Dienst,
München/Wien 1967
- Neumeyer, Dieter Die Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß,
Diss. Münster 1976
- Nipperdey, Hans Carl Die Grundrechte und Grundpflichten der
Reichsverfassung,
Kommentar zum 2. Teil der WRV,
Berlin 1930
- ders. Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz,
2. Aufl., Köln, 1961
- Obermayer, Klaus Zur Rechtsstellung des Nachbarn im Bau-
recht und zum Folgenbeseitigungsanspruch,
JuS 1963, S. 110 - 116
- Ossenbühl, Fritz Die Rücknahme fehlerhafter begünstigen-
der Verwaltungsakte,
2. Aufl., Berlin, 1965
- ders. Staatshaftungsrecht,
2. Aufl., München, 1978
- Oldiges, Martin Die Kontrolle von Schul- und Prüfungsent-
scheidungen durch die Verwaltungsgerichte,
Jur. Analysen 1970, S. 3 - 26

- ders. Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen,
NJW 1961, S. 811 - 813
- ders. Das Grundrecht der Berufsfreiheit,
NJW 1965, S. 993 - 996
- Sänger, Michael Radikale im öffentlichen Dienst,
ZER 1974, S. 128 - 136
- Schack, F. Unterlassen einer Beförderung,
ZER 1961, S. 225 - 230
- Schäfer, Walter Die Klagearten nach der VwGO,
DVBl. 1960, S. 837 - 843
- Scheerbarth, Hans Walter /
Höffken, Heinz Beamtenrecht,
2. Aufl., Siegburg, 1976
- Schenke, Wolf Rüdiger Gerichtliche Durchsetzbarkeit der sofortigen Vollziehung von Verwaltungsakten mit Drittwirkung,
DöV 1969, S. 332 - 341
- ders. Rechtsschutz gegen erledigtes Verwaltungshandeln,
Jura 1980, S. 133 - 145
- Schick, Walter Wichtige Entscheidungen oberster Gerichte - Rechtsprechungsbericht,
ZER 1967, S. 297 - 302
- ders. Zum Rechtsanspruch des Beamten auf Beschäftigung,
in: Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag, München 1971,
S. 329 - 343
- ders. Radikalenproblem und kein Ende - Zu den Gesetzentwürfen von Bundesregierung und Bundesrat,
ZER 1975, S. 1 - 7
- ders. Die Konkurrentenklage des Europäischen Beamtenrechts - Vorbild für das deutsche Recht ?
DVBl. 1975, S. 741 - 747

- Schlichter, Otto Klageformen bei der verwaltungsgerichtlichen Durchsetzung von Subventionsansprüchen,
DVBl. 1966, S. 738 - 742
- Schmidt, Reiner Der Rechtsschutz des Konkurrenten im Verwaltungsprozeß,
NJW 1967, S. 1635 - 1641
- Schmidt-Abmann, Eberhard Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG und soziale Gesichtspunkte bei der Regelung des Zugangs zum Beamtenverhältnis,
NJW 1980, S. 16 - 21
- Schmitt-Kammler, Arnulf Der Rechtsanspruch des Beamten auf Beförderung,
Jura 1979, S. 641 - 656
- ders. Konkurrentenklage im Beamtenrecht ?
DöV 1980, S. 285 - 292
- Scholz, Rupert Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 30.08. 1968,
NJW 1969, S. 1044 - 1045
- ders. Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz,
Berlin 1971
- ders. Die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Zivilgerichte,
Wirtschaftsrecht 1972, S. 35 - 66
- Schröder, N.N. Das fehlerhafte Beamtenverhältnis,
DVBl. 1957, S. 661 - 670
- Schrödter, Hans Die verwaltungsgerichtliche Entscheidung, 2. Aufl., Düsseldorf, 1965
- Schütz, Erwin Die Fürsorge- und Schutzpflicht des beamtenrechtlichen Dienstherrn,
DöD 1958, S. 201 - 207

- Solte, Ernst Lüder Der Rechtsschutz des unterlegenen Bewerbers
bei beamtenrechtlichen Ernennungen,
ZBR 1972, S. 109 - 115
- ders. Zur Konkurrentenklage im Beamtenrecht,
NJW 1980, S. 1027 - 1035
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Band 2 Teil 3,
11. Aufl., Berlin, 1958
- Stein, Ekkehart Staatsrecht,
6. Aufl., Tübingen, 1978
- Stern, Klaus Verwaltungsprozessuale Probleme in der
öffentlichen Arbeit,
3. Aufl., München, 1976
- ders. Berufsbeamtentum - gestern, heute, morgen .
Art. 33 GG und sein verfassungsrechtlicher
Kontext,
Festschrift für Carl Hermann Ule,
Köln 1977, S. 193 - 213
- Stich, Rudolf Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im
Verwaltungstreitverfahren,
DVBl. 1956, S. 325 - 330
- ders. Anmerkung zum Beschluß des BVerwG vom 28.
05.1957,
DVBl. 1957, S. 646 - 648
- Strickrodt, Georg Finanzrecht,
Berlin 1975
- Summer, Rudolf Stellenplan und Dienstrecht,
PersV 1978, S. 153 - 157
- Thieme, Werner Der öffentliche Dienst in der Verfassungs-
ordnung des Grundgesetzes,
Göttingen 1961
- Thomas, Heinz /
Putzo, Hans Zivilprozeßordnung,
10. Aufl., München, 1979

- Tietgen, Walter Der Zugang zu den Ämtern des öffentlichen
Dienstes,
in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben,
Festschrift Deutscher Juristentag 1960,
Karlsruhe 1960, S. 325 - 352
- ders. Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 30.08.
1962,
DVBl. 1963, S. 513 - 515
- Trenckner, Hans Anfechtung von dienstlichen Beurteilungen
und Rechtsschutz bei unterlassenen Beför-
derungen,
6. Aufl., Bonn-Bad Godesberg, 1974
- Tschira, Oskar /
Schmitt Glaeser, Walter Grundriß des Verwaltungsprozeßrechts,
3. Aufl., Stuttgart/München/Hannover, 1977
- Ule, Carl Hermann Anleitung zum Lösen öffentlich-rechtlicher
Fälle,
JuS 1961, S. 190 - 197
- ders. Verwaltungsgerichtsbarkeit,
Bd. 1, 2. Halbband,
2. Aufl., Köln/Berlin/München/Bonn, 1962
- ders. Beamtenrecht,
Köln/Bonn/Berlin/München 1970
- ders. Die Grundrechte,
Bd. IV/2, Hrsg.: Bettermann/Nipperdey,
2. Aufl., Berlin, 1972
S. 537 - 671
- ders. Verwaltungsprozeßrecht,
7. Aufl., München, 1978
- Vallendar, Willi Der Anspruch auf Beförderung in der ver-
waltungsgerichtlichen Praxis,
DöD 1973, S. 4 - 6
- Wiese, Walter Der Staatsdienst in der Bundesrepublik
Deutschland, Grundlagen - Probleme -
Neuordnung,
Neuwied/Berlin 1972
- ders. Beamtenrecht, Bd. 2 Teil 1,
Köln/Berlin/Bonn/München 1979

- Willke, Martin Effektiver Rechtsschutz beim Zugang zu öffentlichen Ämtern,
JZ 1980, S. 440 - 443
- Wolff, Hans J. / Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
 Bachof, Otto Bd. 1, 9. Aufl., München, 1974
 Bd. 2, 4. Aufl., München, 1976
- Wurster, Erich / Kommentar zum Bundesbesoldungsgesetz,
 Gohla, Friedrich 2. Aufl., Hamburg, 1965
- Zapf, Ewald Anmerkung zum Urteil des OVG Lüneburg vom
 26.09.1972,
 ZBR 1974, S. 21 - 23
- Zeiss, Walter Die arglistige Prozeßpartei,
 Berlin 1967
- Zinn, Georg August / Kommentar zur Hessischen Verfassung,
 Stein, Erwin Bd. 1, Bad Homburg 1954
- Zuleeg, Manfred Subventionskontrolle durch Konkurrenten-
 klage,
 Frankfurt 1974
- ders. Hat das subjektiv-öffentliche Recht
 noch eine Daseinsberechtigung ?
 DVBl. 1976, S. 509 - 521
-

Wegen der verwendeten Abkürzungen, Zeitschriften und Entscheidungssammlungen, die nach Jahrgang/Band und Seite zitiert werden, wird auf Kirchner, a.a.O., bezug genommen.

Lebenslauf

Ich wurde am 03. Dezember 1952 als Sohn des Landgerichtsrates Karl Wilhelm Remmel und seiner Ehefrau Gisela Remmel geb. Rohleder in Siegen/NRW geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in den Jahren 1959 bis 1963 wechselte ich auf das Städtische Gymnasium in Siegen, wo ich am 25. Mai 1971 die Reifeprüfung bestand.

Im Wintersemester 1971/72 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität in Marburg und bestand das erste juristische Staatsexamen am 02. November 1976.

Am 01. Dezember 1976 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst am Landgericht in Limburg ein, den ich in Kassel, Marburg und Gießen fortsetzte. Am 27. April 1979 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung.

In der Zeit vom 01. Mai 1979 bis zum 30. September 1980 war ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität in Marburg beschäftigt und verfaßte meine Dissertation. Seit dem 01. Oktober 1980 bin ich Richter am Amtsgericht in Marburg.



D. GRÄBNER
DISSERTATIONEN U. OFFSETDRUCKEREI

Gotenstraße 3
8602 Altendorf bei Bamberg
Telefon: 09545/8791